

RECHTSWIRKUNGEN EHEÄHNLICHER VERHÄLTNISSE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von
VOLKER STÜCKRADT
aus Reichenbach

1963

1964

RECHTSWIRKUNGEN
GLEICHNÜCHER VERHÄLTNISSE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

RECHTSWIRKUNGEN EHEÄHNLICHER VERHÄLTNISSE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main



vorgelegt von
VOLKER STÜCKRADT
aus Reichenbach

1964

Erstgutachter: Prof. Dr.Dr.Dr.h.c. Müller-Freienfels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Peter

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1963

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

Seite

Schrifttumsverzeichnis.....	VI
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX

I. DAS EHEÄHNLICHE VERHÄLTNIS ALS SOZIALER TATBESTAND UND ALS RECHTSPROBLEM IN GEGEN- WART UND GESCHICHTE.

- § 1 Beispiele, Abgrenzung von anderen For-
men außerehelicher Geschlechtsbezie-
hungen, Tatsachen und Ursachen..... 1
- "Klassische" Motive für das Zusammen-
leben im Konkubinat - "heimliche" Ehen
zur Umgehung unerwünschter Rechtsfol-
gen einer Eheschließung: Rentenkonku-
binate - Steuerrecht - Lästige Ehe-
voraussetzungen als Motiv für "wilde
Ehen" im Ausland - Begünstigung durch
gesellschaftliche Gegebenheiten.
- § 2 Die rechtliche Behandlung eheähnlicher
Verhältnisse in der Geschichte..... 11
- Die Gesetzgebung der römischen Kaiser
- das Mittelalter bis zum Konzil von
Trient - Bekämpfung der Konkubinate
durch Strafvorschriften - Anerkennung
formlos begründeter Lebensgemein-
schaften als "faktische Ehen" - Re-
gelung von Einzelfragen.

II. DAS GELTENDE RECHT DES IN- UND AUSLAN- DES IM EINZELNEN.

1. Abschnitt

- § 3 Das Konkubinat als Straftatbestand
und Sittenverstoß..... 24
- 1) Das Konkubinat im geltenden Straf-
recht..... 24
- 2) Eheähnliche Verhältnisse und "gute
Sitten"..... 28

2. Abschnitt

DIE RECHTSBEZIEHUNGEN DER PARTNER UNTEREIN- ANDER.

- § 4 Verpflichtungen gegenüber dem Partner
während des Bestehens einer "wilden
Ehe". 31

Allgemeine Rechtspflicht zu Treue und
Beistand nur in der Ehe - das Straf-
recht statuiert Beistandspflicht in
besonderen Grenzsituationen - "Garan-
tenstellung" des Konkubenten -
Besondere Pflichten aus § 170 c StGB
bei Schwangerschaft der Konkubine

- § 5 Der Grundsatz der freien Lösbarkeit
einer eheähnlichen Gemeinschaft..... 40

Keine rechtlichen Sanktionen bei Been-
digung einer "wilden Ehe" - Ausnahmen
in besonderen Härtefällen im französi-
schen Recht.

- § 6 Die Verteilung der gemeinsam erworbenen
Vermögenswerte bei Beendigung einer
"wilden Ehe"..... 44

Der gemeinsame Haushalt als wirt-
schaftliche Einheit - gemeinsames
Wirtschaften trägt Züge einer Gesell-
schaft - Hindernisse für die Anwen-
dung der Regeln über die "faktische
Gesellschaft" - Abwicklung als Gemein-
schaft ermöglicht angemessene Berück-
sichtigung aller Interessen - Bestim-
mung der beiderseitigen Anteile.

- § 7 Keine allgemeine Ausgleichspflicht für
während des Konkubinats erbrachte
Leistungen..... 52

Bei Fehlen ausdrücklicher Vereinbarun-
gen wird grundsätzlich Unentgeltlichkeit
vermutet - Haushaltsführung durch die
Konkubine begründet weder faktisches
Arbeitsverhältnis noch Bereicherungs-
ansprüche.

§ 8 Leistungen, für die nach den Umständen ein Entgelt als stillschweigend vereinbart gelten muß.....	56
---	----

Praktisch bedeutsam: Einsatz der Arbeitskraft im gemeinsam oder vom Partner betriebenen Unternehmen - Grenzen der unentgeltlichen Mitarbeit bei Eheleuten und bei Konkubanten - Dienstverhältnis oder Gesellschaftsverhältnis - Maßstäbe für die Bestimmung des Entgelts oder Auseinandersetzungsguthabens.

§ 9 Schenkungen und letztwillige Verfügungen unter Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft.....	56
--	----

Der Interessenkonflikt zwischen dem überlebenden Partner und den gesetzlichen Erben - Sind Verfügungen zugunsten der Konkubine wegen Sittenwidrigkeit nichtig? Kriterien der Sittenwidrigkeit: Synallagmatischer Zusammenhang zwischen der Verfügung und der Aufnahme bzw. Fortsetzung sexueller Beziehungen - die "beachtenswerten Beweggründe" in der Rechtsprechung - von erheblichem Gewicht ist in der Praxis das Vorhandensein "besser berechtigter" ehelicher Abkömmlinge - Verschiebung der Beweislast beim ehebrecherischen Konkubinats.

3. Abschnitt

RECHTSBEZIEHUNGEN DER PARTNER ZU DRITTEN

§ 10 Gibt es eine "Schlüsselgewalt" in der wilden Ehe ?.....	78
--	----

Typische Fälle - keine unmittelbare oder entsprechende Anwendung des § 1357 BGB Gemeinsame Haushaltsführung begründet Vermutung für Vertretungsmacht - die Lehre von der "Anscheinsvollmacht" - die französische Lösung: Deliktshaftung wegen schuldhafter Erweckung falschen Scheins.

- § 11 Schadensersatzansprüche der Konkubine
beim Tod des Partners durch Verschulden
eines Dritten..... 86

Im deutschen Recht Ersatz des mittelbaren Schadens nur in Ausnahmefällen - das BGB (§ 844) verlangt als Voraussetzung gesetzliche Unterhaltspflicht - Die Einstellung der französischen Lehre und Rechtsprechung - ursprünglich weiter Ermessensspielraum bei der Anerkennung eines "préjudice certain et actuel" - Die Wende von 1937: Verletzung von "intérêts légitimes juridiquement protégés" nunmehr Voraussetzung jedes Schadensersatzanspruches - In neuester Zeit liberalere Tendenzen? - Härtefälle - auch das englische Recht gibt der Konkubine keinen Rentenanspruch.

- § 12 Das eheähnliche Verhältnis im Mietrecht..100

Konkubinats des Mieters als "erhebliche Belästigung" für den Vermieter?
Hat der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft das Eintrittsrecht eines "Familienangehörigen" nach § 19 MSchG?

- § 13 Ansprüche auf den "Dreißigsten" aufgrund
eheähnlicher Gemeinschaft mit dem
Erblasser..... 105

Die "Hausstandsangehörigen" nach § 1969 BGB - Verwandtschaft nicht erforderlich - auch die Konkubine hat einen Anspruch, sofern Zuwendungen des Erblassers an sie nicht schon zu seinen Lebzeiten als "pretium stupri" sittenwidrig waren.

- § 14 Das Konkubinats mit einem Dritten als
Verwirkungsgrund für den Unterhalts-
anspruch eines geschiedenen Ehegatten
nach § 66 Ehegesetz..... 107

Voraussetzungen der Verwirkung -
erforderlich stets Verletzung schutzwürdiger Belange des Unterhaltspflicht-

tigen - die Vorschrift dient nicht der Erzwingung sittlichen Wohlverhaltens
Geschiedener - soll der geschiedene Gatte ein Konkubinat mit einem Dritten finanzieren?

4. Abschnitt

DAS EHEÄHNLICHE VERHÄLTNIS IM ÖFFENTLICHEN RECHT.

§ 15 Die "wilde Ehe" im Recht der Sozialleistungen..... 116

Gemeinsames Haushalten hat maßgebenden Einfluß auf Lebenshaltungskosten und kann daher bei Bemessung der Sozialleistungen nicht unberücksichtigt bleiben - Berücksichtigung zugunsten der Beteiligten einigen österreichischen und französischen Gesetzen.
Anrechnung der Mittel des Partners bei der Bedürftigkeitsprüfung - die Rechtsprechung der deutschen Verwaltungsgerichte - § 149 Abs.V AVAVG und § 122 BSHG - der Gesetzgeber übernimmt die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze.

5. Abschnitt

§ 16 Die Rechtsverhältnisse der Kinder aus einer "wilden Ehe"..... 124

Das Bürgerliche Recht unterscheidet nicht zwischen Konkubinatskindern und unehelichen Kindern schlechthin - Erkennbarkeit der unehelichen Geburt bringt noch immer gesellschaftliche Nachteile - Wege, dem Kinde zu einer günstigeren Rechtsposition zu verhelfen:

- a) Legitimation durch Verfügung der Staatsgewalt - dient sie stets dem Kindeswohl ?
- b) Adoption durch den Erzeuger ?
- c) Die Namensänderung als Ausweg - Einspruchsrecht der ehelichen Angehörigen bei Kindern aus ehebrecherischem Konkubinat.

§ 17 SCHLUSSBETRACHTUNG..... 136

S C H R I F T T U M S V E R Z E I C H N I S

- ALEBRAND, Heinrich Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gem. § 1353 Abs.1 BGB, FamRZ 1955, 348 ff.
- ANAN, Seiichi Mariage extra legem et notion de droit au Japon, Mélanges Roubier Bd.I, 1 ff. Paris 1961.
- ANSON, William R. English Law of Contract, 21.Aufl. Oxford 1959.
- AUBRY und RAU Droit Civil Francais, Bd.VII: La famille, 7.Aufl. bearb.v. ESMEIN und PONSARD, Paris 1962.
- AULAGNON, Louis Anmerkungen in JCP 1947.II.3799 und JCP 1941.II.1688.
- AVIGDOR, Pierre Examen critique des tendances modernes dans le mariage et vers l'union libre, Paris 1909.
- BASTIAN, G. Anmerkung in JCP 1950.II.5798
- BAUMANN, Alexis Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinales in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen und österreichischen Privatrechts, Erlangen 1932.
- BECKER, W. Kann das Strafrecht Ehe und Familie schützen ? FamRZ 1954, 208 ff.
- BEITZKE, Günther Familienrecht, 10.Aufl., München und Berlin 1962.
- BETTERMANN, K.A. Mieterschutzgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, Tübingen, ab 1950.
- BEYER, Klaus Anmerkung in FamRZ 1962, 263.
- BINDING, Karl Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2.Aufl. Leipzig 1902.
- BLEI, Hermann Der Strafrechtsschutz von Familienordnung und Familienpflichten, FamRZ 1961, 137 ff.

- BOEHMER, Gustav Grundlagen der Bürgerlichen
Rechtsordnung, Bd.I, Tübingen
1950.
- Die Teilreform des Familienrechts
durch das Gleichberechtigungs-
gesetz vom 18.7.1957 und das Fa-
milienrechtsänderungsgesetz vom
11.8.1961, Recht und Staat in
Geschichte und Gegenwart, Heft
245/46 (1962), 59 ff.
- Welche Anforderungen sind an eine
Reform des Rechts des unehelichen
Kindes zu stellen ? Gutachten für
den deutschen Juristentag,
Tübingen 1962.
- Zur Frage der zivilrechtlichen
Bedeutung des § 170 c StGB, FamRZ
1960, 480 ff.
- BOSCH, F. W. Anmerkungen in FamRZ 1959, 170
und FamRZ 1960, 320.
- BOULBÈS, Raymond Réflexions sur la preuve par té-
moins du concubinage notoire de
l'art. 340 Code civil, JCP 1959,
I, 1506.
- BOUTARD, Jacques Les pouvoirs ménagers de la femme
mariée, Paris 1947.
- BOWSTEAD, William The Law of Agency, 12.Aufl., be-
arb. von E.J. GRIEW, London 1959.
- BRATUS, LUNZ, NOWICKI u. andere : Sowjetisches Zivil-
recht, Berlin 1953.
- BRÜHL, Günther Unterhaltsrecht, Bielefeld 1960.
- Familie und Mietwohnung,
FamRZ 1954, 215.
- CARBONNIER, Jean Droit Civil, Bd.I, Paris 1955.
- Terre et ciel dans le droit
français du mariage, Études
Ripert, Bd.I, 325 ff. Paris 1950.
- CARRAUD, J. De la liquidation des biens à la
cessation du concubinage, Dijon
1936.
- CHITTY, J. on Contracts, 21.Aufl., bearb.v.
SCOTT und CLAUSON, London 1955.

- COLIN und CAPITANT Traité de Droit Civil, réfon-
due par L. JUILLLOT DE LA MO-
RANDIERE, Paris 1957.
- COMTESSE, F.H. Verbot und Schutz der außer-
ehelichen Familie im schwei-
zerischen Strafrecht, in:
Festgabe für A.Egger, Zürich
1945.
- Conditions de l'épouse et de la concubine dans la
législation française, Gesam-
melte Beiträge verschiedener
Autoren mit einem Vorwort von
G.Pernot, Paris 1956, im Text
zitiert als "Conditions".
- CORPUS IURIS CANONICI, herausgegeben von Ae.FRIED-
BERG, Leipzig 1879.
- DE PAGE, Henri Droit Civil Belge, Bd.I, 3.Aufl.
Brüssel 1962.
- DERRIDA, Fernand Un code de la famille au Sud-
Vietnam, Rev.Int.dr.comp.
1961, 57 ff.
- DESBOIS, Henri Anmerkungen in Rev.trim.dr.civ.
1956, 703; 1959, 33 u. 521;
1958, 235.
- DUNZ, Walter Das neue Familienrechtsänderungs-
gesetz, NJW 1961, 2140.
- EHRENZWEIG, Arnim System des österreichischen
allgemeinen Privatrechts, 2.Aufl.
Bd.II, 2.Hälfte: Familien- und
Erbrecht, bearb.v. Adolf Ehren-
zweig, Wien 1937.
- ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechts, Bd.I - Allgemeiner Teil
des BGB, 14.Aufl. bearb.von H.C.
Nipperdey, 1.Hbd. Tübingen 1952,
2.Hbd., Tübingen 1955;
- Band IV : Familienrecht, 7.Aufl.
von Th. Kipp und M. Wolff,
Marburg 1931.
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 3.Aufl. Münster
1962.

- ERMAN, Walter Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947.
- ESMEIN, Paul Le problème de l'union libre, Rev.trim.dr.civ. 1955,747.
- zur "union libre" in : Répertoire de Droit Civil (Encyclopédie Dalloz), Paris 1955-1962.
- Anmerkungen JCP 1954.II.7976 und JCP 1956.II.9646.
- EVERSLEY, W.P. Law of domestic relations, 6.Aufl., bearb. v. L.J. STRANGER-JONES, London 1951.
- FRIDMAN, G.H.L. The law of agency, London 1960
- FUETO, Toshio The discrepancy between marriage law and mores in Japan, 5 AmJCompL (1955), 253 ff.
- GEILEN, Gerd Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 147 ff.
- GENDREL, Michel Les mariages in extremis, Paris 1953.
- GERNHUBER, Joachim Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1959, 465 ff.
- Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 325 ff.
- GEROLD, Wilhelm Ehegesetz (Kommentar), Stuttgart 1950.
- GLASER, Hugo Verstoß gegen die Sittlichkeit und Mietaufhebungsklage nach § 2 MSchG, JR 1951, 141.
- v.GODIN, Reinhard u. Hans, Ehegesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1950.
- GRANIER Épouse, concubine ou compagne ? JCP 1956.I.1299.
- GSCHNITZER, Franz Zwei Fragen aus dem Eherecht: Die Salzburger Ehen; der Ehebruch Geschiedener, ÖJB1.1925, 106.

- GSOVSKI, Vladimir Soviet civil law, 2 Bände,
Michigan 1948
- HABSCHEID, Walter Anmerkung in FamRZ 1962, 28
- HAFF, Karl Institutionen des deutschen Pri-
vatrechts, Stuttgart 1947.
- HAMAWI, Jack Family Law, London 1953.
- HANBURY, Harold G. The principles of agency, 2.Aufl.
London 1960.
- HAUPT, Günther - REINHARDT, Rudolf, Gesellschaftsrecht,
4.Aufl., Tübingen 1952.
- HAURIOU, Maurice Anmerkung in S 1928.III.98.
- HÉMAR, Jean Les sociétés de fait, Travaux
Capitant Bd. XI, 153 ff.
- HOFFMANN, Edgar - STEPHAN, Walter, Ehegesetz mit
Durchführungsverordnungen, Komm.
München und Berlin 1950.
- HONIG, F. Die englische Rechtsprechung auf
dem Gebiet des Zivilrechts 1950/51,
RabelsZ Bd.17 (1952), 630.
- HUBER, Eugen Über die Realien der Gesetzgebung,
Zeitschrift für Rechtsphilosophie,
Bd. 1 (1914).
- HUECK, Alfred Mängel des Gesellschaftsvertrages,
AcP 149, 1 ff.
- JACOBS, Albert - GOEBEL, Julius, Cases and materials
on domestic relations, 3.Aufl.
Brooklyn 1952.
- JÄGGI, Peter Das verweltlichte Eherecht,
Freiburg 1955.
- JÖRS-KUNKEL-WENGER Römisches Privatrecht, 3.Aufl.,
Berlin 1949.
- JOSEF, Eugen Schenkungen an die ehebrecherische
Geliebte, LZ 1926, 433.
- JOSSERAND, L. L'avènement du concubinat, D.H.
1932, chron. 45.
- JURISPRUDENCE FRANCAISE, Tables Quinquennales, 1953 - 57
hrsg. von J. NECTOUX, Paris 1959.

- LAGARDE, Gaston Anmerkungen in Rev.trim.dr.civ.
1950, 48 ff. und 1954, 84 .
- LALOU, Henri Traité pratique de la responsa-
bilité civile, 5.Aufl., Paris
1955.
- Anmerkungen D.P.1927.I.73 und
D.P.1929.I.23.
- LANGE, Uwe H. Das Verhältnis von Zivil- und
Strafrecht im § 170c StGB,
FamRZ 1960, 385.
- LARENZ, Karl Schuldrecht, Besonderer Teil,
München und Berlin 1956.
- LEIPZIGER KOMMENTAR zum Strafgesetzbuch, begründet
v. EBERMAYER, LOBE, ROSENBERG,
fortgeführt von NAGLER, JAGUSCH
und MEZGER, 8.Aufl., Berlin
1957/1958
- LESTANG, Roger Anmerkung in JCP 1957.II.9950.
- v.LISZT, Franz und SCHMIDT, Eberhard, Lehrbuch des
Deutschen Strafrechts, 25.Aufl.,
Berlin und Leipzig 1927.
- LÖWENSTEIN, E.M. Die Bekämpfung des Konkubinats
in der Rechtsentwicklung, Breslau
1919.
- LUBER, F. Das Bundessozialhilfegesetz,
Kommentar, München 1962.
- LÜDTKE, Egon Verwirkung des Unterhaltsanspruchs
der geschiedenen Ehefrau durch
"wilde Ehe", MDR 1954, 588.
- LUSH On the law of husband and wife,
4.Aufl., bearbeitet von
S.N. GRANT-BAILEY, London 1933.
- LUTHER, Gerhard Ehemündigkeit, Volljährigkeit,
Strafmündigkeit, Rechtsverglei-
chende Studie zur Vereinheitlichung
der Altersstufen im Zivil- und
Strafrecht, Berlin 1961.
- v.MANGOLDT - KLEIN Bonner Grundgesetz, Kommentar,
2. Aufl. Bd.I, Berlin 1955.
- MARTY, Gabriel - RAYNAUD, Pierre, Droit Civil, Bd.I,
Paris 1961 .

- MARTY, Gabriel Anmerkungen S 1931.I.145 und
 S 1938,I.321.
- MAURACH, Reinhard Strafrecht, Allgemeiner Teil,
 Karlsruhe 1958.
- MAYER, Mathias Der Konkubinat, Erlangen 1931.
- MAZEAUD, Henri La lésion d'un intérêt légitime
 juridiquement protégé, condition
 de la responsabilité civile,
 D 1954, chron.39.
- Anmerkung in S 1952.II.85.
- MAZEAUD, Henri und Léon, Obligations en général et
 responsabilité civile, Rev.trim.
 dr.civ. 1957, 333 ff.
- Anmerkungen in Rev.trim.dr.civ.
 1957,680 und 1958,601 ff.
- MAZEAUD, Henri, Léon und Jean, Leçons de Droit Civil,
 Paris 1959.
- MAZEAUD, Henri und Léon - TUNC, A., Traité théorique
 et pratique de la responsabilité
 civile, 5.Aufl., Paris 1957.
- MAYNE, John D. - MCGREGOR, Harvey, On damages, 12.Aufl.
 London 1961
- MEYER, Paul Der römische Konkubinat nach den
 Rechtsquellen und Inschriften,
 Leipzig 1895.
- MEZGER, E. Reform des Rechts der unehelichen
 Kinder in Frankreich durch das
 Gesetz vom 15.7.1955, FamRZ
 1955, 273.
- MEZGER, Edmund Strafrecht, Allgemeiner Teil,
 9.Aufl., München und Berlin 1960.
- MONIER-CARDASCIA-IMBERT, Histoire des institutions et
 des faits sociaux des origines à
 l'aube du moyen age, Paris 1956.
- MORANGE, Georges La notion de situation illégitime
 dans le contentieux de la respon-
 sabilité administrative,
 D 1953, chron. 27 ff.
- Anmerkung D 1956, 145 ff.

- MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, Ehe und Recht, Tübingen 1962.
- Zur heutigen Schlüsselgewalt, Festschrift f. H. Lehmann (1956), 390 ff.
- MUNKMAN, John Damages for personal injuries and death, 2. Aufl., London 1960.
- NAST, Marcel Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal, D.H. 1938, chron. 37.
- Anmerkungen in D.P. 1928. II. 169 und D.P. 1935. II. 41.
- NEUKÖTTER, H. Die Strafbarkeit des Konkubinats, Heft 273 der Strafrechtlichen Abhandlungen, Breslau 1930.
- NEUMEISTER, Heddy Ehemoral - Rentenmoral, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 6.12.1955 und FamRZ 1956, 11.
- PALANDT, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkomentar, 22. Aufl. München und Berlin 1963.
- PAULICK, Heinz Der Einfluß des Steuerrechts auf Eheschließung und Ehescheidung, FamRZ 1955, 346.
- Neue Vorschläge des Familienministeriums zum Familienlastenausgleich, FamRZ 1956, 99.
- Die Neuregelung der Ehegattenbesteuerung aufgrund des Gesetzes vom 18.7.1958, FamRZ 1958, 361 ff.
- PIEGLER, Josef Die "wilde Ehe" im österreichischen Zivilrecht, FamRZ 1955, 243.
- PIRET, René Le ménage de fait en droit civil Belge, Travaux Capitants Bd. XI, 76 ff.
- PLANIOL, M. - RIPERT, G. Traité pratique de droit civil Français, 2. Aufl. Bd. II: La famille, bearbeitet von A. ROUAST, Paris 1952.

- RANKE, H. Zur "Onkelehe" in: Evangelisches Soziallexikon, Stuttgart 1956.
- RILK, Otto Die Unterhaltspflicht des schuldig geschiedenen Ehegatten nach dem Gesetz vom 18.7.1938, JW 1939, 71.
- RINTELEN, Anton Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts, München und Leipzig 1915.
- RIPERT, Georges Les forces créatrices du droit, Paris 1958.
- La règle morale dans les obligations civiles, 4.Aufl. Paris 1959.
- RODIÈRE, René Le ménage de fait devant la loi Française, Travaux Capitait, Bd. XI, 55 ff.
- ROQUETTE, Hermann Mietrecht, 5.Aufl., Tübingen 1961.
- ROTH, Alfons Zum § 48 Abs.2 des Testamentsgesetzes, DR 1941, 166.
- ROUAST, André La sécurité sociale et le droit de famille, Etudes Ripert, Bd.I, 546 ff. Paris 1950.
- ROUAST, A. und BOUR, L. Adultère, divorce et union libre, Paris 1945.
- RUSS, Georg Das Liebesverhältnis im Bürgerlichen Recht, Berlin 1930.
- SAVATIER, René Le droit, l'amour et la liberté, 2. neubearb. Aufl. Paris 1963.
- La recherche de la paternité, Paris 1927.
- Anmerkungen in D.P.1927.I.113; D.P.1928.II.154; JCP 1928.II.7527.
- SCHELSKY, Helmut Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, Dortmund 1953.
- Soziologie der Sexualität, Hamburg 1955.

- SCHLESINGER, Rudolf The family law in the USSR,
London 1949.
- SCHMELZEISEN, Gustav Klemens, Polizeiordnungen und
Privatrecht, Münster und Köln
1955.
- SCHMIDT-FUTTERER Darf das uneheliche Kind im
Namensänderungsverfahren den
Familiennamen seines Erzeugers
erhalten? MDR 1961, 192.
- SCHMIDT, Folke Legal devices to promote marriage
stability, in: Revista del Insti-
tuto de Derecho Comparado, Barce-
lona 1957.
- SCHMITZ, W. Das Problem der Beschränkung der
Testierfreiheit, Köln 1936.
- SCHÖNKE-SCHRÖDER Kommentar zum Strafgesetzbuch,
10.Aufl., München u. Berlin 1961.
- SCHULZ, Fritz Classical Roman Law, Oxford 1951.
- SCHUMACHER, Adolf Zur Ehelichkeitserklärung von
Kindern aus Rentenkonkubinaten,
FamRZ 1960, 13.
- Sittenwidrige Testamente,
FamRZ 1956, 261.
- SCHWARZHAUPT, E. Die Wirkungen der Ehe im allge-
meinen, FamRZ 1957, 33 ff.
- SCHWIND, Fritz Kommentar zum österreichischen
Eherecht, Wien 1951.
- SELIGMAN-JOHNSON (Herausgeber): Encyclopaedia of
the Social Sciences, New York
1950.
- SIMITIS, Spiros Die faktischen Vertragsverhält-
nisse als Ausdruck der gewandel-
ten sozialen Funktion der Rechts-
institutionen des Privatrechts,
Frankfurt 1957.
- SOERGEL, Theodor - SIEBERT, Wolfgang : Das Bürgerliche
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, 9.Aufl.,
Stuttgart 1959 - 1963.

- STAUDINGER, J.W. Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch und dem Einführungs-
gesetz, 11.Aufl.,
Bd.I, Allgemeiner Teil, erläu-
tert von H.COING, Berlin 1957.
Bd.II, 4.Teil, erläutert von
E.KESSLER, Berlin 1958.
Bd.V, 1.Teil, erläutert von G.
BOEHMER, H.LEHMANN und K.SYBOLD,
Berlin 1954.
- STOLJAR, S.J. The law of agency, London 1961.
- STREET, Harry Principles of the law of damages,
London 1962.
- SUZUKI, Rokuya Die Modernisierung des japa-
nischen Familien- und Erbrechts,
RabelsZ 19 (1954), 104 ff.
- THÉRY, René Les "personnes à charge" et le
droit de la famille, JCP 1948.I.739
- THIELE, Wolfgang Miteigentumserwerb der Ehegatten
an dem während der Ehe ange-
schafften Hausrat, FamRZ 1958,115.
- TOULEMON, A. - MOORE, J. Le préjudice corporel et moral
en droit commun, 2.Aufl.,
Paris 1957.
- VAN RYN, Jean - VAN OMMESELAGHE, Pierre : Les sociétés
commerciales, Rev.crit.jur.Belge
1962, 359 ff.
- VERNIER, Chester G. American family laws, Stanford
1931.
- VOIRIN Anmerkungen in D.P.1929.II.169;
D.P.1930.I.42 und D.P.1932.II.32.
- WÄGENBAUR, Rolf Zur Frage des vermögensrechtli-
chen Anspruchs des mitarbeitenden
Ehegatten, FamRZ 1958,399.
- WEBER, Marianne Die Idee der Ehe und die Ehe-
scheidung, Berlin 1929.
- WEISCHEDEL, W. Recht und Ethik, Karlsruhe 1960.

- | | |
|---------------------|--|
| WEISS, E. | Institutionen des Römischen
Privatrechts, 2.Aufl., Stuttgart
1949. |
| WELZEL, Hans | Das deutsche Strafrecht, 7.Aufl.
Berlin 1960. |
| WESTERMANN, Harry | Sachenrecht, 3.Aufl., Karlsruhe
1956. |
| WEYRAUCH, Walter O. | Informal and formal marriage,
28 University of Chicago Law Rev.
(1961), 105 ff. |
| WÜRDINGER, Hans | Zur Theorie der schlichten Inter-
essengemeinschaft, Abhandlungen
aus dem Handelsrecht, Bürgerli-
chen Recht und Konkursrecht,
Stuttgart 1934. |

Verzeichnis der Abkürzungen

aaO.	= am angegebenen Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AllE.R.	= The All England Law Reports
AmJCompL	= American Journal of Comparative Law
App.Cas.	= Law Reports, Appeal Cases
ARS	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
AVAVG	= Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BayS	= Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts 1802 - 1956.
BB	= Der Betriebsberater
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGE	= Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHST	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
Camp.	= Campbell's Reports (1807 - 1816)
Cass.comm.	= Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass.crim.	= Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass.civ.	= Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass.req.	= Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation

C.c.	= Code civil
Conditions	= Conditions de l'épouse et de la concubine dans la législation Française, mit Beiträgen verschiedener Autoren und einem Vorwort von G.PERNOT, Paris 1956.
D	= Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation, ab 1945.
D.H.	= Dalloz Hebdomadaire (1924 - 1940)
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
D.P.	= Dalloz, Recueil périodique et critique
DR	= Deutsches Recht
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVB1.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EheG	= Ehegesetz
Esp.	= Espinasse's Nisi Prius Reports, 1793 - 1807.
EstG	= EinkommensteuerG
Études Ripert	Le droit privé au milieu du XX ^e siècle, études offertes à G. Ripert, Paris 1950
EvBl.	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, Beilage zur Österreichischen Juristenzeitung.
FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, früher "Ehe und Familie".
Gaz.Pal.	= Gazette du Palais
GG	= Grundgesetz
GruBo	= Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht.
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung, Ergänzungsblatt zur "Deutschen Justiz"
JCP	= Jurisclasseur périodique (La semaine juridique)
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LG	= Landgericht
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ	= Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht

MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Mélanges Roubier	= Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Bd.I - Théorie générale du droit et droit transitoire, Paris 1961.
MSchG	= Mieterschutzgesetz
NdsRPfl.	= Niedersächsische Rechtspflege
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGH	= Österreichischer Oberster Gerichtshof
ÖJB1.	= Juristische Blätter (Österreich)
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung
OGHZ	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Besatzungszone.
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PrOVG	= Preußisches Oberverwaltungsgericht
Q.B.	= Law Reports, Queen's Bench
RabelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rechtspfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rép.civ.	= Répertoire de droit civil, Encyclopédie juridique Dalloz
Rev.crit. jur.Belge	= Revue critique de la jurisprudence Belge
Rev.gén. ass.terr.	= Revue générale des assurances terrestres
Rev.Int. dr.comp.	= Revue Internationale de Droit Comparé
Rev.trim. dr.civ.	= Revue trimestrielle de droit civil
RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern.
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S	= Recueil Sirey

Salk.	= Salkeld's King's Bench Reports (1689 - 1712)
SeuffArch.	= Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
SZ	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen.
SchwJZ	= Schweizerische Juristen- Zeitung
StGB	= Strafgesetzbuch
Travaux Capitant	= Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique Française.
Trib.civ.	= Jugement d'un tribunal, chambre civile
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
Warn.	= Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	= Wohnungswirtschaft und Mietrecht, Informationsdienst des deutschen Mieterbundes
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft
ZBl.	= Zentralblatt für die juristische Praxis (Österreich)
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht
ZMR	= Zeitschrift für Miet- und Raumrecht.

I. DAS EHEÄHNLICHE VERHÄLTNIS ALS SOZIALER TATBESTAND UND ALS RECHTSPROBLEM IN GEGENWART UND GESCHICHTE.

§ 1 T a t s a c h e n u n d U r s a c h e n .

1) Zahnarzt Z und Fräulein S leben seit vielen Jahren wie Verheiratete zusammen, ohne indessen die Ehe miteinander geschlossen zu haben. Fräulein S führt den Haushalt und arbeitet in der Praxis als Sprechstundenhilfe mit. Der Z zahlt ihr dafür keine Vergütung. Er trägt aber allein die Kosten für den gemeinschaftlichen Haushalt, für Anschaffungen von Kleidung und Einrichtungsgegenständen sowie für gemeinsame Urlaubsreisen etc. Eines Tages wird der Zahnarzt Opfer eines Verkehrsunfalls. Fräulein S meint zunächst, der Verursacher des Unfalls müsse sie entschädigen, da Z ihr Unterhalt gewährt und ihr versprochen habe, auch im Alter für sie zu sorgen. Da Z kein Testament hinterließ, nehmen seine Schwestern als gesetzliche Erben seinen gesamten Nachlaß in Anspruch und verlangen von der S Herausgabe eines Kraftwagens, den ihr Z geschenkt hatte, da die Schenkung durch die sittenwidrigen intimen Beziehungen zwischen Z und S bedingt und daher nichtig sei. S dagegen meint, ihr gebühre ein Anteil an den Anschaffungen und Ersparnissen der gemeinsam verbrachten Jahre, zumindest könne sie aus dem Nachlaß ein angemessenes Entgelt für die in den vergangenen Jahren dem Z geleisteten Hilfsdienste in der Praxis verlangen.

2) Die Kriegerwitwe W lebt mit dem Kraftfahrer K seit einigen Jahren in "wilder Ehe". Eine Heirat wurde immer wieder hinausgeschoben, um die Witwenrente der W nicht zu verlieren. Beide werfen ihre Einkünfte "in einen Topf" und bestreiten daraus die Kosten des gemeinschaftlichen Haushalts. Als K stellungslos wird und Arbeitslosenhilfe beantragt, erklärt ihm die Behörde, er könne nur einen Teil des Richtsatzes beanspruchen, da er mit der W in einem

gemeinsamen Haushalt lebe und sich daher ihr Einkommen anrechnen lassen müsse. Im Laufe der Jahre haben beide aus ihrer gemeinsamen Kasse das Haus der W durch einen Anbau erweitert und neue Möbel sowie einen Fernsehapparat angeschafft. Als es nunmehr zu einem Zerwürfnis kommt und der K sich von der W trennt, entsteht Streit darüber, wem die Sachen gehören.

Solche Fälle sind es, an denen sich in der Praxis die Frage nach den Rechtswirkungen eines "eheähnlichen Verhältnisses" stellt. Der zugrundeliegende Sachverhalt - Zwei Personen verschiedenen Geschlechts leben wie Verheiratete zusammen, ohne miteinander die Ehe geschlossen zu haben - wird durch den Begriff des "eheähnlichen Verhältnisses" besser gekennzeichnet als durch den Ausdruck "Konkubinats", der im allgemeinen Sprachgebrauch auch fortgesetzte außereheliche Geschlechtsbeziehungen schlechthin bezeichnet.

Zu unterscheiden ist der hier interessierende Tatbestand von allen Formen flüchtiger und gelegentlicher erotischer Beziehungen.¹⁾ Wesentliches Merkmal eines eheähnlichen Verhältnisses ist neben einer gewissen Dauer namentlich eine Gemeinsamkeit der gesamten Lebensführung. Das bedeutet also in der Regel Zusammenleben in der gleichen Wohnung, Führung eines gemeinsamen Haushalts²⁾, d.h. gemeinschaftliche Befriedigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse des täglichen Lebens, ferner gegenseitige Hilfe und Unterstützung in allen Lebensbereichen, kurz: für die Dauer des Verhältnisses ein "consortium omnis vitae". Die eheähnliche Gemeinschaft entspricht damit im Hinblick auf das tatsächliche Verhalten der Partner dem äußeren Erscheinungs-

1) SAVATIER, JCP 1953.II.7527.

2) eine "communauté de vie, d'habitation, de toit", wie es RODIERE, Le ménage de fait devant la loi française, Travaux Capitants XI, 60 formuliert.

bild der "ehelichen Lebensgemeinschaft". Während es aber gerade das Wesen der Ehe ausmacht, daß in ihr die Verbindung eines Mannes und einer Frau von der staatlichen Ordnung anerkannt und geschützt wird, und daß sich in ihr die Partner den Ordnungen und Geboten unterwerfen, welche die Rechtsgemeinschaft für das Zusammenleben in einer Familie aufstellt, stellt sich das eheähnliche Verhältnis als eine "Flucht aus dem Raum des Rechts" dar.

Jede entwickelte Rechtsordnung geht davon aus, daß das von ihr geschaffene Rechtsinstitut der Ehe die Rechte und Pflichten a l l e r in ihrem Geltungsbereich als Mann und Frau zusammenlebenden Personen regelt und macht daher dieses Rechtsinstitut zum Anknüpfungspunkt aller Voraussetzungen, von deren Vorliegen sie die Zulässigkeit einer solchen Lebensgemeinschaft abhängig machen will und aller Folgen, die mit der Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau in ihrer rechtlichen Stellung verbunden sein sollen. Personen, die zwar einerseits willens sind, ein gemeinsames Leben als Mann und Frau zu führen, andererseits aber entweder eine Ehe nicht schließen d ü r f e n, weil sie die vom Gesetz dafür geforderten Voraussetzungen nicht erfüllen, oder aber eine Ehe nicht schließen w o l l e n, weil sie sich gewissen Folgen entziehen wollen, die das Gesetz an die Eingehung einer Ehe knüpft, suchen den Ausweg darin, daß sie rein tatsächlich wie ein Ehepaar zusammenleben, ohne vor dem Gesetz eine Ehe zu schließen.

Die Gründe für ein solches Verhalten sind mannigfaltig. Zu den "klassischen" Motiven für ein Zusammenleben in einer "wilden Ehe" gehört einmal das Streben nach einer "unverbindlichen" Form des Zusammenlebens aus Scheu vor einer unwiderruflichen, lebenslangen Bindung; ferner aber vor allem die rechtliche Unmöglichkeit einer Eheschließung, weil einer der Partner noch "anderweitig" verheiratet ist und sich eine Auflösung dieser Ehe nicht erreichen läßt. Typisch sind hier namentlich die Fälle, wo der Gatte einer zerrütteten Ehe mit einer anderen Frau, die er inzwischen

kennengelernt hat - oder (seltener) die Gattin mit einem anderen Mann - in einem eheähnlichen Verhältnis zusammenlebt, weil sich der verlassene Ehegatte weigert, in eine Scheidung einzuwilligen.³⁾ Vom Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen den Gatten kann in solchen Fällen häufig seit mehr als einem Dezennium nicht mehr die Rede sein. Dagegen hat sich die neue ehebrecherische Verbindung im Laufe der Jahre - namentlich, wenn aus ihr Kinder hervorgegangen sind - oft zu einer beständigen tatsächlichen Familiengemeinschaft verfestigt. Mag die Häufung solcher Fälle in den ersten Nachkriegsjahren zum Teil auch dadurch zu erklären sein, daß viele Ehepaare durch die Kriegsereignisse getrennt wurden und später eigene Wege gingen, so wird der Gesetzgeber doch mit eheähnlichen Verhältnissen dieser Art als einer Dauererscheinung rechnen müssen, wenn er die Ehescheidung erschwert. Dies gilt umsomehr, wenn darüberhinaus die Rechtsprechung der Wahrung der institutionellen Unauflöslichkeit der Ehe den Vorrang gibt vor dem Interesse der Beteiligten und auch der Allgemeinheit, die praktisch nicht mehr zu beseitigende "faktische Ehe" in gesetzliche Bahnen zu lenken.⁴⁾

Hinzu kommen mit dem Vordringen der staatlichen Gesetzgebung und Verwaltung in immer weitere Bereiche der persönlichen Lebensverhältnisse neue Beweggründe, die unter bestimmten Voraussetzungen das Zusammenleben in einem eheähnlichen Verhältnis vorteilhafter erscheinen lassen, als eine Eheschließung. Mehr und mehr stellen Vorschriften

3) Reichhaltiges Anschauungsmaterial liefern die veröffentlichten höchstrichterlichen Entscheidungen zu § 48 Abs.2 EheG, z.B. BGHZ 1,356; 2,98; 18,21; FamRZ 1954,46 1955,289; 1960,190.

4) Geht es nur um die Aufrechterhaltung einer de iure fortbestehenden, ihres materiellen Gehalts jedoch durch die von den Beteiligten geschaffenen Tatsachen längst entkleideten rechtlichen Bindung, will auch der BGH ein solches Interesse der Allgemeinheit "nicht ganz außer acht lassen." (BGHZ 2, 105)

des Sozial-, Steuer- und Verwaltungsrechts auf den Familienstand ab, sodaß die Gesetze an den Tatbestand des Verheiratetseins mitunter auch Rechtsfolgen knüpfen, die den Beteiligten im Einzelfall nachteilig sind und denen diese daher auszuweichen suchen. Solche Situationen bilden vor allem den Anlaß für die sogenannten "Rentenkonkubinate".⁵⁾ Infolge des Krieges hatten viele - namentlich auch jüngere - Frauen ihre Gatten und Ernährer verloren. Sie hatten nunmehr Anspruch auf Renten und Versorgungsleistungen. Nun fallen aber sowohl die Witwenrenten nach dem Bundesversorgungsgesetz und aus der Sozialversicherung als auch die Bezüge von Beamtenwitwen weg, wenn sich die Berechtigte erneut verheiratet.⁶⁾

Andererseits hat eine große Zahl dieser Witwen im Laufe der Jahre einen neuen Lebensgefährten gefunden. "Legalisiert" die Witwe diese neue Verbindung durch den Gang zum Standesamt, erlischt damit ihr Anspruch auf Rente und sie verliert ihre bisherigen Bezüge, wogegen sie bei einem bloß faktischen Zusammenleben mit dem neuen Partner weiter im Genuß der Versorgungsleistungen bleibt. Dieser Umstand war und ist für zahlreiche Paare der Grund, von einer Eheschließung abzusehen und des wirtschaftlichen Vorteils wegen das Zusammenleben in "wilder Ehe" vorzuziehen. Die Rentenkonkubinate waren namentlich in den Jahren 1954 bis 1956 Gegenstand lebhafter Erörterungen in der Öffentlichkeit.⁷⁾

-
- 5) zum Rentenkonkubinats und seiner Problematik: KELLNER, Staat und Onkelehe, Deutsche Zeitung 1954, Nr. 51; KELLNER, Die "Onkelehe", FamRZ 1954, 160; KÜHN, Zur Problematik der Onkelehe, FamRZ 1956, 262; RANKE, Evangelisches Soziallexikon (1956), 786.
- 6) so z.B. nach §§ 1291 RVO, 68 AngestVersG.
- 7) Im Jahre 1953 wurde die Zahl der Rentenkonkubinate in der Bundesrepublik in Presseberichten und Rundfunkdiskussionen auf 100 000 geschätzt; ein von KELLNER im Jahre 1954 im Auftrage des Bundesministeriums für Familienfragen erstelltes Gutachten (als Manuskript gedruckt) kommt jedoch aufgrund verschiedener Umfragen zu dem Ergebnis, daß diese Zahl zu hoch sei.

Eine Umfrage des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge⁸⁾ ergab in zwei westdeutschen Großstädten, daß etwa zwei Drittel aller "wilden Ehen" von Kriegerwitwen geführt wurden. Ähnlich lagen die Verhältnisse in Österreich: Nach einer Statistik des österreichischen Episkopats⁹⁾ war bei etwa einem Drittel aller eheähnlichen Verhältnisse der Weiterbezug einer Rente der Grund, der die Partner von einer Eheschließung abhielt.

Aufgrund zahlreicher Anregungen und Vorschläge¹⁰⁾ wurden bei der Neugestaltung des Sozialversicherungs- und Versorgungsrechts in den Jahren 1956 und 1957 die hier in Betracht kommenden Vorschriften so gefaßt, daß sie nunmehr einen wirtschaftlichen Anreiz für die Legalisierung von Rentenkonkubinat bieten.¹¹⁾

-
- 7) Weiteres Schrifttum hierzu: NEUMEISTER, Ehemoral - Rentenmoral, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 6.12. 1955 und FamRZ 1956, 11; DÜRIG, FamRZ 1955, 337 Fußn. 1; KELLNER, FamRZ 1956, 206; RANKE, Evangelische Missionszeitschrift 1958, 163 ff.; FEIL, Rentenwegfall und Konkubinat, Ztschr. f. Fürsorgewesen 1955, 197 ff.
- 8) zitiert in dem für den Bundesminister für Familienfragen erstellten, als Manuskript gedruckten Gutachten von KELLNER.
- 9) Herder- Korrespondenz Bd. 8 (1953), 54.
- 10) solche Lösungsvorschläge unterbreiteten u. a. der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland (wiedergegeben bei RANKE, Evangelisches Soziallexikon (1956), 786 f.) und die Fuldaer Bischofskonferenz im Jahre 1954 (Stellungnahme der Plenarkonferenz abgedruckt in FamRZ 1954, 219).
- 11) Der Witwe oder dem Witwer, die wieder heiraten, wird als Abfindung das Fünffache des Jahresbetrages der bisher bezogenen Rente gewährt:
- § 1302 RVO in der Fassung des Neuregelungsgesetzes vom 23.2.1957 (BGBl. I, 62),
- § 81 AngestelltenversNeuregelungsg vom 23.2.1957 (BGBl. I, 106),
- § 83 Abs. 2 Knappschaftsrentenversicherungs- Neuregelungsgesetz vom 21.5.1957 (BGBl. I, 547)
- Nach § 44 des Bundesversorgungsgesetzes vom 6.6.1956 erhält die versorgungsberechtigte Witwe im Falle der Wiederheirat das 36-fache ihrer monatlichen Grundrente als Abfindung. Um die Eingehung einer neuen Ehe nicht

Die materiellen Anreize, zur Vermeidung unerwünschter Rechtsfolgen einer Heirat extra legem in einem eheähnlichen Verhältnis zusammenzuleben, statt der de facto bestehenden Lebensgemeinschaft den ihr allein gemäßen rechtlichen Rahmen einer Ehe zu geben, sind auf das Recht der Renten und Sozialleistungen nicht beschränkt: Auch Vorschriften des Steuerrechts waren zeitweilig Anlaß für das Zusammenleben in "heimlichen Ehen". Solange bei der Veranlagung zur Einkommensteuer die beiderseitigen Einkünfte von Ehegatten zusammengefaßt wurden und - bedingt durch die starke Progression des Steuersatzes bei höheren Einkommen - die steuerliche Belastung der zusammenveranlagten Ehegatten größer war, als bei getrennter Versteuerung der gleichen Beträge, war dies in zahlreichen Fällen die Ursache für unterlassene Eheschließungen, ja sogar für "pro-forma- Scheidungen", da beiderseits im Erwerbsleben stehende Paare erheblich weniger Steuern zahlten, wenn sie als Ledige einzeln veranlagt wurden.¹²⁾ Inzwischen ist dieser Mißstand beseitigt: Seit der Neuregelung der Ehegattenbesteuerung durch das Gesetz vom 18.7.1953 (BGBl. I,473) können Ehegatten gem. § 26 EStG zwischen getrennter Veranlagung (§ 26a EStG) und gemeinsamer Veranlagung (§ 26b EStG) wählen.¹³⁾

zu einem Risiko für die Versorgungsberechtigte zu machen, ist in den §§ 1291 RVO, 68 AngestVersG, 83 III KnappschRentenversG, 164 BundesbeamtenG und 88 Abs.3 BeamtenrechtsRahmenG ein Wiederaufleben der Rente für den Fall vorgesehen, daß die neue Ehe ohne alleiniges oder überwiegendes Verschulden der Versorgungsberechtigten aufgelöst oder für nichtig erklärt wird.

- 12) siehe hierzu PAULICK, Der Einfluß des Steuerrechts auf Eheschließung und Ehescheidung, FamRZ 1955, 346; ferner PAULICK, FamRZ 1956, 100 ff., insbes. 102 f.; FamRZ 1958, 361 ff.; WENNER, Theologie und Glaube 1955, 214; BVerfG, Entsch.v. 17.1.1957 (BVerfGE 9,237).
- 13) Noch heute veranlaßt in S c h w e d e n die bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten nachteilig in Erscheinung tretende Progression des Steuersatzes zahlreiche beiderseits berufstätige junge Paare, zunächst nur eine "faktische" Ehe zu führen. Der Weg zum Standesamt wird aufgeschoben, bis Kinder zur Welt kommen.

Aber nicht nur die Folgen, auch unpopuläre und als lästig empfundene Voraussetzungen einer wirksamen Eheschließung lassen, wie ausländische Beispiele zeigen, bisweilen die Zahl der "wilden Ehen" ansteigen:

Das zeigte sich bei der Einführung der staatlichen Registrierung als Wirksamkeitserfordernis einer gültigen Ehe durch das japanische BGB von 1898: Bis dahin war eine Ehe automatisch durch die Aufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft zustandegekommen. Ein erheblicher Prozentsatz der Brautleute unterließ es auch nach Inkrafttreten der neuen Regelung, die Eheschließung bei der zuständigen Behörde anzumelden. Die "faktische" Verbindung wird zwar nicht vor dem Gesetz, wohl aber im täglichen Verkehr mit der Umwelt als Ehe anerkannt. Teils aus Unkenntnis, teils wegen rechtlicher Hindernisse oder einfach aus Bequemlichkeit wird in Japan bis heute ein beträchtlicher Teil der tatsächlich bestehenden "Ehen" entweder garnicht oder aber erst längere Zeit nach der tatsächlichen Aufnahme einer Lebensgemeinschaft - häufig erst nach der Geburt eines Kindes oder kurz vor dem Tode eines Partners - bei der Behörde angemeldet.

Neben ihrer sozialen Anerkennung genießen aber die als "Geheimen" (Naien) bezeichneten, nicht registrierten Verbindungen auch einen beschränkten rechtlichen Schutz.¹⁴⁾

Ähnliche Folgen hatte die Einführung der obligatorischen staatlichen Registrierung der Ehen in der Türkei.

Besonders auf dem flachen Lande kann man sich schwer an die jetzt erforderlichen Formalitäten gewöhnen und scheut insbesondere die obligatorische ärztliche Untersuchung der Brautleute.¹⁵⁾ Ein nicht unbeträchtlicher Prozentsatz der Paare unterläßt aus diesen und anderen Gründen, den gesetzlichen Anforderungen für eine gültige Ehe Genüge zu tun. Man vollzieht die religiöse Trauungszeremonie nach islamischem Ritus und gibt sich mit der gesellschaftlichem An-

Diesen möchte man freilich den Status der Unehelichkeit ersparen; die Frau stellt dann meist ihre Erwerbstätigkeit ohnehin ein, sodaß es auch steuerlich vorteilhafter wird, nunmehr auch rechtlich als verheiratet zu gelten. Hierzu Folke SCHMIDT, Legal devices to promote marriage stability, in: Revista del Instituto de Derecho Comparado (1957), 657 ff., insbes. 668.

14) Zur japanischen "Geheimen" vgl. ANAN, Mariage extra legem et notion de droit au Japon, Mélanges Roubier I (1961), 1ff.; SUZUKI, RabelsZ 1954, 111; eine ausführliche Darstellung mit reichhaltigem statistischem Material bringt FUETO, The discrepancy between marriage law and mores in Japan, 5 AmJCompL (1956), 256 ff.

15) Siehe hierzu Anmerkung der Herausgeber in 5 AmJCompL (1956), 266 ff.

erkenntnis der so entstandenen Verbindung als Ehe zufrieden. So stellt das Auftreten eheähnlicher Gemeinschaften stets eine Auflehnung gegen die Normen des geltenden Rechts dar, eine Auflehnung, die - wenn sich die Fälle häufen - als ein pathologischer Zustand, als Krankheitserscheinung am Organismus einer Rechtsordnung angesehen werden muß.

Solange die Normen des jeweils geltenden Rechts zugleich Ausdruck einer in allen Schichten der Bevölkerung lebendigen Überzeugung sind, daß die Lebensverhältnisse von Eheleuten so und nicht anders geregelt sein müssen, werden es nicht allzu viele sein, die sich außerhalb dieser Normen stellen. Schon die Furcht vor gesellschaftlichen Sanktionen und der Mißbilligung der Umwelt wird da ein Überhandnehmen außerehelicher "Lebensgemeinschaften" verhindern. Gewiß ist es heute leichter, sich über die von Gesetz, Sitte und Überlieferung gesetzten Schranken hinwegzusetzen, als etwa vor 100 Jahren. Die schon seit längerer Zeit vorhandene Tendenz zu einer Säkularisierung und Liberalisierung der Anschauungen über die Beziehungen der Geschlechter ist erst in unseren Tagen in breitesten Bevölkerungsschichten wirksam geworden und ließ diese Beziehungen zu einer privaten Angelegenheit¹⁶⁾ in dem Sinne werden, daß ihre soziale Bezogenheit und ihre Einordnung im Normengefüge der Rechtsgemeinschaft weitgehend aus dem allgemeinen Bewußtsein schwanden.

Auch läßt sich - begünstigt durch die soziologischen Gegebenheiten¹⁷⁾, insbesondere die Bevölkerungskonzentration in den Großstädten und die Veränderung der sozialen und wirtschaftlichen Funktion der Familie in der modernen

16) Zu dieser Erscheinung und ihren Ursachen SCHELSKY, Soziologie der Sexualität (1955), 120.

17) Zur Soziologie der eheähnlichen Verhältnisse heute BRIFFAULT in Encyclopaedia of the Social Sciences, (hrsg. v. SELIGMAN-JOHNSON) Bd. IV (1950), 171 ff.; ROUAST-BOUR, Adultère, divorce et union libre (1945) 53 ff.; CARBONNIER, Droit Civil I (1955) no. 146.

Industriegesellschaft¹⁸⁾ - ein allgemeiner Trend zur Lösung des Individuums aus überkommenen religiösen und gesellschaftlichen Bindungen erkennen.¹⁹⁾ Dies alles ist ohne Frage mitbestimmend für die Häufigkeit extra legem geführter Lebensgemeinschaften, braucht aber von sich aus durchaus nicht zu einem "avènement" des Konkubinats und einem "crêpuscule du mariage légal" zu führen, wie einige französische Autoren²⁰⁾ befürchteten.

Dem Grunde nach sind "wilde Ehen" Versuche, unbequeme gesetzliche Vorschriften zu umgehen; sie werden durch die eben erwähnten Umstände begünstigt, aber nicht ausgelöst. Häufen sie sich, deutet dies allenfalls auf ein Spannungsverhältnis zwischen positivem Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit, das namentlich dann auftritt, wenn der Gesetzgeber versucht, gesellschaftspolitische Ziele auf dem Wege einer Manipulierung des geltenden Rechts zu erreichen, ohne dabei die tatsächliche eigengesetzliche Entwicklung der Lebenswirklichkeit genügend zu beachten. Die Mißachtung der Norm findet dann Verständnis in der Umwelt, was dem Individuum den Entschluß erleichtert, sich über das positive Recht hinwegzusetzen.

18) Über den Einfluß der Industrialisierung und der Bevölkerungskonzentration in den Großstädten auf die Zunahme "wilder Ehen": CARBONNIER aaO.; ARIÈS, Histoire des populations françaises (1948), 235.

19) ROUAST und BOUR aaO. sprechen von einem "climat", das gekennzeichnet sei durch ein "affaiblissement de la foi chrétienne und eine "conception individualiste de la vie".

20) Zu erwähnen sind namentlich AVIGDOR, Tendances modernes dans le mariage et vers l'union libre (1909); JOSSERAND, L'avènement du concubinat, D.H. 1932, 45; NAST, Vers l'union libre, ou le crêpuscule du mariage légal, D.H. 1938 (chron.) 37.

§ 2 - Die rechtliche Behandlung eheähnlicher Verhältnisse in der Geschichte.

Dies zeigte sich in der frühen römischen Kaiserzeit, als infolge der strengen Ehegesetzgebung des Augustus¹⁾ eheähnliche Verhältnisse erstmals juristische Bedeutung erlangten. Namentlich die lex Iulia de maritandis ordinibus untersagte teils allen römischen Bürgern, teils den Angehörigen der senatorischen Familien, freigelassene Frauen oder Freigeborene in suspekter gesellschaftlicher Stellung (Dirnen, Kupplerinnen, Schauspielerinnen, Ehebrecherinnen, kriminell Bestrafte) oder von niederer Herkunft (*obsкуро loco natae*) zu heiraten. Bestehende, gegen dieses Verbot verstoßende Ehen erklärte sie für nichtig. Daneben traten weitreichende Eheverbote für Soldaten und für gewisse Provinzialbeamte. Es erwies sich indessen bald, daß die bestehenden Verbindungen mit Angehörigen des genannten Personenkreises durch ein Gesetz nicht einfach aus der Welt zu schaffen und auch für die Zukunft nicht völlig zu unterbinden waren.

Deshalb wurde in solchen Fällen das außereheliche Zusammenleben geduldet²⁾ und - wie sich aus der ausdrücklichen Erwähnung in verschiedenen Gesetzen und überlieferten Inschriften ergibt - als "*concubinatus*" zu einer verbreiteten Erscheinung. Im Gegensatz zu anderen außerehelichen Geschlechtsbeziehungen, z.B. dem "*Pellikat*"

1) Hierzu Max KASER, Römisches Privatrecht, Bd.I (1955), §§ 75, 78; JÖRS-KUNKEL, Römisches Privatrecht, 3.Aufl. (1949), § 178; MEYER, Der römische Konkubinat (1895), 20 ff.; SCHULZ, Classical Roman Law (1954), 137; MONIER-CARDASCIA-IMBERT, Histoire des institutions et des faits sociaux (1956), 484 ff.

2) Da die obengenannten Frauen zur Keuschheit nicht verpflichtet waren, stellte der außereheliche Geschlechtsverkehr mit ihnen auch kein strafbares "*stuprum*" i.S. der lex Iulia de adulteriis coercendis dar.

eines verheirateten Mannes mit einer anderen Frau, galt es nicht als verächtlich, und es ist sogar von verschiedenen Kaisern (z.B. Vespasian, Mark Aurel) bezeugt, daß sie sich nach dem Tode ihrer Gattinnen Konkubinen hielten.³⁾ Gleichwohl blieb der "concubinatus" zunächst eine rein tatsächliche Verbindung ohne zivilrechtliche Folgen, die wegen ihres dauerhaften Charakters sittlich nicht mißbilligt wurde.⁴⁾ Das Gesetz räumte weder der Konkubine noch ihren Kindern eine rechtlich irgendwie geschützte Stellung ein, auch genießt die Konkubine nicht den "honor matrimonii", die soziale Anerkennung einer Ehefrau.

Die Einstellung zum Konkubinat änderte sich mit dem wachsenden Einfluß des Christentums: Konstantin versuchte die Verbreitung der Konkubinate durch Verhängung rechtlicher Nachteile (Unwirksamkeit von gegenseitigen Zuwendungen etc.) einzudämmen. Als dies wenig Erfolg brachte, versuchte er durch verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen, einen Anreiz zur Umwandlung von Konkubinen in reguläre Ehen zu schaffen. So verlieh der Kaiser den in einem Konkubinat erzeugten und geborenen Kindern, die jetzt zur Unterscheidung von anderen unehelichen Kindern "liberi naturales" hießen, mit der Eheschließung der Eltern rückwirkend den vollen Status ehelicher Abkömmlinge (legitimatio per matrimonium subsequens). Das Konkubinat ist nicht länger "Ersatz" für eine unzulässige Ehe: Konstantin verbietet solche Verbindungen zwischen Personen, denen eine Heirat aus Rechtsgründen untersagt wäre.

Die Tendenz der Gesetzgebung änderte sich in der Folgezeit noch mehrfach, bis die Entwicklung unter Justinian einen vorläufigen Abschluß erreichte. Statt die Konkubinate zu bekämpfen und einen Druck auf die Beteiligten auszuüben, um sie zur Eheschließung zu bestimmen, unter-

3) JÜRS-KUNKEL aaO. § 178; Max KASER aaO. § 78.

4) MONIER-CARDASCIA-IMBERT aaO. 485; MEYER aaO. 29 f.

warf Justinian die Konkubenten ähnlichen Regelungen wie Eheleute und baute das Konkubinat zur festen Institution, zu einer "Ehe minderen Rechts" aus. Er betont streng den dauernden und monogamen Charakter dieser Verbindung, die jetzt weder ein "unverbindliches" Verhältnis noch ein Ersatz für eine sonst unzulässige Ehe ist. Sie kann nur von Personen begründet werden, die das ehemündige Alter erreicht haben und weder verheiratet sind, noch in einem anderweitigen Konkubinat leben.⁵⁾ Hatten schon die Vorgänger zugelassen, daß der Konkubine und deren Kindern durch Testament bis zu 1/4 des Nachlasses zugewandt wurden, so erhielten die Konkubine und die gemeinsamen Kinder unter Justinian sogar ein Intestaterbecht in Höhe von insgesamt 1/6 des Nachlasses, sofern keine ehelichen Abkömmlinge aus einer früheren Ehe des Erblassers vorhanden waren.⁶⁾

Die neugeschaffene legitimatio per rescriptum principis machte es möglich, den Kindern - sofern eheliche Abkömmlinge des Vaters nicht vorhanden waren - den Status der Ehelichkeit auch dann zu verleihen, wenn die Eltern nicht heirateten, sondern weiter im Konkubinat zusammenlebten. Vor allem erhielten die liberi naturales jetzt auch einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen ihren Vater sowie gegen dessen Erben.⁷⁾ Damit ist der Höhepunkt einer Entwicklung erreicht, die von der bloßen Toleranz gegenüber dem zivilrechtlich zunächst gänzlich irrelevanten Konkubinat zu dessen Institutionalisierung als "Ehe minderen Rechts" ⁸⁾ führte.

Im 9. Jahrhundert wird allerdings das Konkubinat von Kaiser Basilius dem Mazedonier erneut verboten und durch die rigorose Art des Vorgehens der Behörden (Prügel-

5) WEISS, Institutionen des römischen Privatrechts, 2. Aufl. (1949), 457.

6) MEYER aaO. 147; Max KASER aaO. Bd. II (1959), § 221; MONIER-CARDASCIA-IMBERT aaO. 486.

7) Max KASER aaO. Bd. II, § 230; MEYER aaO. 154.

8) WEISS aaO.

strafe !) auch tatsächlich eingedämmt.⁹⁾ Im germanischen Rechtskreis findet sich eine "Ehe minderen Rechts" in Gestalt der sogenannten "Friedelehe" (von frilla = Geliebte). Sie wurde durch freien Konsens der Partner begründet; während bei der regulären Ehe die Sippe der Braut die Muntgewalt über das Mädchen auf den Bräutigam übertrug, erwarb der Mann bei der Friedelehe keine Muntgewalt über die Frau. Da es einer Mitwirkung der Stammesgenossen bei der Begründung dieser Eheform nicht bedurfte wählte man sie häufig für "heimliche Ehen" oder Nebenehen. Die Friedelehe unterschied sich vom reinen Kebsverhältnis durch ihre Offenkundigkeit gegenüber jedermann.¹⁰⁾

Der Standpunkt, den die K i r c h e des frühen Mittelalters gegenüber dem Konkubinat einnahm, wird nur vor dem Hintergrund der weitgehenden Angleichung des rechtlich erfaßten und geregelten "Konkubinats" im späten römischen Recht verständlich. Im Jahre 400 n.Chr. hatte das Konzil von Toledo ausdrücklich gestattet, mit einer Konkubine a n s t e l l e einer Gattin (pro uxore) zusammenzuleben. Der in das DECRETUM GRATIANI aufgenommene Beschluß¹¹⁾ bestimmt, daß "...qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur, tantum ut unius mulieris, aut uxoris aut concubinae (ut ei placuerit) sit coniunctione contentus." Es wird also ausdrücklich vorausgesetzt, daß es sich um ein strikt monogames Verhältnis handeln muß. Nicht die "wilde Ehe", die außerhalb der Ehegemeinschaft extra legem, wie wir sie heute beobachten, wird von der Kirche sanktioniert, sondern eine Verbindung, die - wie das "Konkubinat" zur Zeit Justinians - in wesentlichen Punkten die Züge einer Ehe trägt.

9) MEYER aaO. 159.

10) Vgl. etwa G. CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.I (1954) S. 54 f., 211.

11) c.4, dist. 34 (Corpus Iuris Canonici, hrsg.v. FRIEDBERG (1879), 126.) Gratian definiert die Konkubine einleitend (c.3 pars II, dist.34) als die Frau, die mit einem Mann „cessantibus legalibus instrumentis unita est et coniugali affectu adsciscitur“.

Die Erläuterungen¹²⁾ nennen drei unverzichtbare Bedingungen der kirchlichen Anerkennung :

- 1) Keiner der Partner darf anderweitig (durch eine Ehe oder ein weiteres Konkubinat) gebunden sein.
- 2) Die Partner müssen einander treu sein; sie dürfen weder mit Dritten geschlechtlich verkehren, noch vor der Erzeugung von Nachkommenschaft zurückschrecken.
- 3) Sie müssen den Willen haben, ihre Verbindung auf Lebenszeit aufrecht zu erhalten.

Aber auch unter diesen Voraussetzungen hat die Kirche auf die Dauer Konkubinate nicht geduldet. Die Reformkonzilien des ausgehenden Mittelalters betonten mit Nachdruck die Bedeutung der Ehe als ausschließlicher legaler Form der erlaubten geschlechtlichen Beziehungen. Hinzu kommt, daß seit dem Konzil von Trient auch eine Ehe nicht mehr allein durch formlosen Konsens der Partner begründet wird: Die förmliche Eheschließung in Gegenwart eines Priesters und zweier Zeugen wird *condicio sine qua non* einer gültigen Ehe. Das strikte Formerfordernis ermöglichte eine leichte und exakte Unterscheidung zwischen Ehe und "fortgesetzter Unzucht". Kirchenstrafen drohten Personen, die miteinander lebten, ohne rechtsgültig verheiratet zu sein; nach dreimaligem vergeblichem Monitum des Bischofs konnte die Exkommunikation ausgesprochen und nach einjähriger Fortdauer des Konkubinats gegen die renitenten Partner wie gegen Ketzer vorgegangen werden.¹³⁾

Begünstigend für Konkubinate hatte sich auch die frühere Praxis des kanonischen Rechts ausgewirkt, Eheschließungen noch in *extremis vitae momemtis* zuzulassen.¹⁴⁾ Den Konkubenten war hier ein bequemer Weg eröffnet, nachteiligen Konsequenzen ihres Verstoßes gegen das Verbot des außerehelichen Zusammenlebens zu entgehen: Die Eheschließung auf dem Totenbett sicherte den Kindern den Status der Ehelichkeit, der Konkubine das Erbteil und die bessere

12) *Notationes correctorum* zu c.4, dist.34 aa0.

13) Hierzu ESMEIN, *Le problème de l'union libre*, Rev.trim dr.civ. 1935, 747 ff.

14) Näheres bei GENDREL, *Les mariages in extremis* (1958), 12 ff., MÜLLER-FREIENFELS, *RabelsZ* 1961, 165 ff.

soziale Stellung einer Witwe. Die Gründe, die einer Ehe bislang entgegenstanden (z.B. der Wunsch, "frei" zu bleiben, die Bedenken, eine "mésalliance" einzugehen) verloren an der Schwelle des Todes an Bedeutung. Auf diese Weise wurden - sehr zum Mißvergnügen der Verwandten - viele Konkubinate "im letzten Moment" durch eine Heirat legalisiert und der Sterbende konnte im Frieden mit seiner Kirche und in dem Bewußtsein, die Partnerin und evtl. vorhandene Kinder gesichert zu haben, sein Leben beschließen. Es fehlte nicht an Stimmen, die diese Praxis als Mißbrauch erkannten und in - teilweise recht drastischen - Formulierungen kritisierten.¹⁵⁾ Nicht zuletzt lief die Begünstigung von Konkubinen durch die Möglichkeit von Eheschließungen im Angesicht des Todes den Interessen der Stände und reichen Familien zuwider, die im Interesse einer Erhaltung der bestehenden Besitzverhältnisse natürlich mit allen Kräften verhindern wollten, daß eine Konkubine oder deren Kinder durch eine "mésalliance von Todes wegen" erbberechtigt wurden.

So kam es im 17. und 18. Jahrhundert in Frankreich zu einem Einschreiten des weltlichen Gesetzgebers. "Pour obvier aux abus", bestimmte die Ordonnance von Blois Heinrichs III. von 1579, daß eine gültige Ehe nur nach einem öffentlichen Aufgebot an drei verschiedenen Festtagen in Gegenwart von vier Zeugen geschlossen werden könne. Ganz deutlich zeigt sich die Absicht des Gesetzgebers dann in der Déclaration vom 26.11.1639: Art. 6

15) Namentlich d'Olive, Questions notables de droit (1682), 403, zit. bei GENDREL aaO. 57; vgl. dort auch die etwas gefälligere und vielzitierte Abwandlung der d'Olive'schen Formulierung durch PORTALIS: "Il paraissait étrange qu'une personne mourante put concevoir l'idée de transformer subitement son lit de mort en lit nuptial, et put avoir la prétention d'allumer les feux brillants de l'hymen à côté des torches funèbres dont la sombre lueur semblait déjà se reflêchir sur une existence presque éteinte." (GENDREL aaO. Fußnote 97)

verhängt den Ausschluß aller Erbrechte "contre les enfants qui sont nés des femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie".¹⁶⁾

Überhaupt zeigt sich an der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit, daß die Ordnung von Ehe und Familie in immer größerem Maße in die Hände der weltlichen Gewalten übergeht, zumal das kanonische Recht durch die Reformation an Autorität verloren hatte. So sind es jetzt die staatlichen und städtischen Polizeigesetze, die sich der Bekämpfung der vielfach eingerissenen Mißstände annehmen.¹⁷⁾ „Dieweil auch viel leichtfertige Personen außerhalb von Gott gesetzter Ehe zusammenleben“, ordnete die Reichspolizeiordnung Karls V. von 1530¹⁸⁾ an, „daß solch öffentlich Laster der Gebühr nach ernstlich gestraft und nicht geduldet werde.“ Fast wörtlich kehrt diese Vorschrift in den Reichspolizeiordnungen von 1548¹⁹⁾ und 1577²⁰⁾ wieder; es handelt sich jedoch hierbei zugleich um die einzigen und letzten reichsrechtlichen Bestimmungen, die sich mit dieser Materie befaßt haben. Daneben erging eine Fülle partikularrechtlicher Strafvorschriften gegen "wilde Ehen". Stadtrechte und Verordnungen der Landesherren bedrohten die Konkubenten mit oft unverhältnismäßig schweren Geld- Leibes- und Freiheitsstrafen.²¹⁾

16) GENDREL aaO. 63.

17) Näheres bei SCHMELZEISEN, Polizeiorndnungen und Privatrecht (1955), 21 ff.; Zur Bekämpfung des Konkubinats zu dieser Zeit : NEUKÖTTER, Die Strafbarkeit des Konkubinats (1930), 6 ff.; MAYER, Der Konkubinat (1931), 15 ff.; LÖWENSTEIN, Die Bekämpfung des Konkubinats (1919), 20 ff.

18) Römischer Kayserlicher Majestät Ordnung und Reformation guter Policey im Heiligen Römischen Reich, zu Augspurg Anno 1530 auffgericht, Titel XXXIII, abgedruckt bei E.A.KOCH, Sammlung der Reichsab-schiede (1747), Teil II, 343.

19) abgedruckt bei E.A.KOCH aaO. Teil II, 601.

20) abgedruckt bei E.A.KOCH aaO. Teil III, 393.

21) Nachweise bei M.MAYER aaO. und LÖWENSTEIN aaO.

Während der Tatbestand des Konkubinats in den Ländern bis in neuere Zeit²²⁾ Gegenstand straf- und polizeirechtlicher Vorschriften war, wurde ihm demgegenüber im Bereich des **Z i v i l r e c h t s** keinerlei Beachtung zuteil. Dort blieb die "wilde Ehe" ohne jede Relevanz und begründete für die Beteiligten weder Rechte noch Pflichten - sie wurde einfach ignoriert. In diesem Sinne erwähnen die großen Kodifikationen des kontinentalen Rechts, der Code civil und - ein Jahrhundert später - das Bürgerliche Gesetzbuch die eheähnliche Gemeinschaft mit keinem Wort. Napoleon erledigt das Problem mit einem lapidaren Satz: "Les concubins veulent se passer de la loi, la loi se désintéresse d'eux".²³⁾ In dem Bestreben, auch mittelbar keinerlei Rechtsfolgen an die Tatsache außerehelicher Geschlechtsbeziehungen zu knüpfen, ging der Code civil zunächst so weit, unehelichen Kindern jeden Anspruch auf Unterhalt gegen ihren Erzeuger zu versagen. Erst durch die Neufassung des Art. 340 C.c. im Jahre 1912 wurde das strikte Verbot der recherche de la paternité durchbrochen.²⁴⁾

Das strikt durchgeführte Prinzip der rechtlichen Irrelevanz aller aus einer außerehelichen Verbindung sich ergebenden Beziehungen unterstreicht in eindrucksvoller Weise die Grundkonzeption der Ehe als der alleinigen rechtlich geschützten und anerkannten Verbindung von Mann und Frau. Andererseits wird aber auch die Umgehung unbequemer rechtlicher Voraussetzungen und Folgen einer Eheschließung gerade dadurch möglich, daß die Rechtsordnung das Bestehen einer faktischen Lebensgemeinschaft eines Paares völlig ignoriert. Nur wenn es eines förmlichen Rechtsakts bedarf, um die Partner den

22) zum Beispiel Bayer. Polizei-Strafgesetzbuch vom 22.3.1882, § 50a; Art.14 Württ. Pol.-Strafgesetzbuch vom 27.12.1871; § 72 Bad. Polizei-Strafgesetzbuch v.31.10.1863; Näheres hierzu bei MAYER aaO. 20 ff.

23) SAVATIER, Bonaparte et le Code civil (1927), 22.

24) Hierzu MEZGER, FamRZ 1955, 273; Ausführliche Darstellung und Kritik der Entwicklung bei SAVATIER,

für Eheleute maßgebenden Vorschriften zu unterstellen, haben diese es in der Hand, sich durch Unterlassung der förmlichen Eheschließung den Rechtsstatus Lediger zu erhalten, obwohl sie tatsächlich wie Eheleute zusammenleben. Behandelt dagegen das Gesetz unter Verzicht auf einen förmlichen Begründungsakt jede tatsächliche Lebensgemeinschaft von Mann und Frau als Ehe, entfällt diese Möglichkeit und mit ihr die gesamte Problematik der "eheähnlichen Verhältnisse". Diese Lösung wirkt auf den ersten Blick bestechend: man hätte das aus dem Gehege der Rechtsordnung "desertierte" Konkubinat als "faktische Ehe" wieder "eingefangen". „Wilde Ehen“ könnte es überhaupt nicht mehr geben, denn jedes "consortium omnis vitae" wäre - einmal als solches erkannt, als Ehe anzusehen und dem Eherecht zu unterstellen. Diese Erwägungen sind durchaus nicht rein theoretisch: Bei der Neuregelung des Familienrechts in den Jahren 1926/27 stellte die Sowjetunion "faktische Ehen" ausdrücklich den vor einer staatlichen Behörde geschlossenen gleich.²⁵⁾ Diese Regelung wurde jedoch inzwischen wieder außer Kraft gesetzt; seit dem Jahre 1944 ist die Registrierung durch ein Organ des staatlichen Personenstandswesens wieder zwingendes Wirksamkeitserfordernis einer gültigen Ehe.²⁶⁾

Nach Artikel 131 Abs.2 der Verfassung von Bolivien wird ein Konkubinat nach mindestens 2-jährigem Bestehen als Ehe anerkannt.²⁷⁾ Entsprechend verleiht Artikel 56

La recherche de la paternité (1927) und PLANIOL-RI-
PERT-ROUAST aaO. 748 ff.

- 25) Näheres bei René König, Materialien zur Soziologie der Familie (1946), 149; GSOVSKI, Soviet Civil Law, (1948) I, 114 ff.; SCHLESINGER, The family in the USSR (1949), 349-61.
- 26) Erlaß des Präsidiums des Obersten Sowjet vom 8.7. 1944; vgl. BRATUS, Sowjetisches Zivilrecht (1953), 457; MARTY-RAYNAUD, Droit Civil (1961) 889 Fußn.2.
- 27) Verfassung vom 23.11.1945, Artikel 131 Abs.2, zit. nach PEASLEE, Constitutions of Nations, 2.Aufl.(1956) I, 197: „De facto marriage is recognized in concubi-

der Verfassung von P a n a m a ²⁸⁾ einem faktischen Zusammenleben von 10-jähriger Dauer die Wirkungen einer bürgerlichen Ehe. Die Anerkennung "faktischer Ehen" gibt es auch in G u a t e m a l a . Zwar hat die guatemaltekische Verfassung von 1956 die diesbezügliche Vorschrift des Art. 74 der Verfassung von 1945 nicht übernommen; sie verweist aber insoweit auf die Zivilgesetzgebung, die hier eine besondere Regelung getroffen hat: Nach dem Dekret Nr.444 ²⁹⁾ erlangt ein Konkubinat nach dreijähriger Dauer durch Registrierung oder gerichtliche Entscheidung die Wirkungen einer Ehe. In einigen Staaten der USA begründen „prolonged cohabitation and repute of being married“ eine V e r m u t u n g , daß irgendwann und irgendwo zwischen den Partnern eine förmliche Eheschließung stattgefunden habe.³⁰⁾ Die Widerlegbarkeit dieser

nal unions, only after the passage of two years of living together, established by all the means of proof or by the birth of a child, provided the parties have legal capacity to contract marriage. The law of the Civil Register shall complete such de facto unions.

- 28) Verfassung vom 1.3.1946, zit. nach PEASLEE aaO. III, 76: „The union in fact between persons legally qualified to contract matrimony, maintained for ten consecutive years in a public manner and under conditions of permanence, will have all the effects of civil matrimony...”
- 29) zit. bei LUTHER, Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit (1961), 45.
- 30) "Proof of cohabitation and reputation of the marriage ...is competent evidence to prove such marriage..." (Code of Ohio, Sec. 11 989); „Where a man and woman are living together and by general repute are husband and wife, it will not be presumed that they are living together in a state of fornication" (in re Hartman's estate, 107 Pac. 105, zit. bei KEEZER-MORLAND aaO.41) Näheres bei WEYRAUCH, Informal and formal marriage, 28 Univ.Chicago L.Rev. (1961), 105.
Den Weg der "marriage by presumption" beschreiten die Staaten Missouri, Washington und Louisiana. Für Missouri siehe Thomson v. Thomson, 163 S.W. 2d 792 (1942) -zitiert bei JACOBS-GOEBEL, Cases and materials on domestic relations, 3. Aufl. (1952), 118.

Vermutung hat praktisch keine Bedeutung, da sich der Gebeweis kaum jemals führen läßt. In ähnlicher Weise führen "marriage by statutory fiction"³¹⁾ und "by estoppel"³²⁾, um nur einige der "escape strategies"³³⁾ zu nennen, zur Anwendung von Eherecht, wofern nur der Beweis der prolonged cohabitation erbracht werden kann. Es ist aber nicht anzunehmen, daß in entwickelten Rechtsordnungen die Anerkennung "faktischer" oder formlos begründeter Ehen von dauernder oder gar wachsender Bedeutung sein wird. Sie mag sinnvoll und angebracht sein in Zeiten, wo sich Staat und Gesellschaft im Aufbau oder in einem Umbruch befinden und sich eine Beachtung strikter Formerfordernisse praktisch nicht durchsetzen läßt.

Eine konsolidierte und gefestigte Rechtsordnung indes darf und sollte schon im Interesse klarer, eindeutiger und übersichtlicher Verhältnisse von jedem Einzelnen verlangen, daß er bei der Eingehung einer Ehe die von ihr vorgeschriebenen Formen beachtet.³⁴⁾

31) z.B. New Hampshire: Wenn nach längerem Zusammenleben der Mann oder die Frau stirbt, werden beide ex post als rechtmäßige Eheleute angesehen. (WEYRAUCH aaO. 106)

32) "in cases of cohabitation over a long period of time, irrespective of a bona fide attempt of the parties to comply with the requirements of statutory marriage." (WEYRAUCH aaO. 104)

33) siehe dazu WEYRAUCH aaO. 104 ff.

34) So begegnet auch in den Vereinigten Staaten das Institut der common-law-marriage, in den "frontier days" der Pionierzeit entstanden, wachsender Kritik.

Es handelt sich dabei um eine vollgültige Ehe, die aber ohne Beachtung einer bestimmten Form geschlossen und deren Bestehen nach den allgemeinen Beweisregeln dargetan werden kann. Die common-law-marriage wird heute noch in 16 Staaten der USA anerkannt (z.B. Idaho Code 31-203: "Consent to and subsequent consummation of marriage may be manifested in any form and may be proved under the...general rules of evidence...", ähnlich in den anderen Staaten), doch fordern aus den erwähnten Gründen gewichtige Stimmen - so die American Bar Association, die Commission on Uniform State Laws und die überwiegende Meinung im Schrifttum die Abschaffung der common-law-marriage (siehe hierzu KEEZER-MORLAND aaO. § 29;

Das strikt vorgeschriebene Formerfordernis allein kann sicherstellen, daß das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe jederzeit mit Sicherheit feststellbar ist; es wäre unbefriedigend und würde zu recht mißlichen Situationen führen, wenn dies jeweils durch eine Beweisaufnahme an Hand von Indizien und Zeugenaussagen geklärt werden müßte.

Zahlreiche Staaten haben die eheähnliche Gemeinschaft in der Gesetzgebung "punktuell" bei der Regelung von Einzelfragen berücksichtigt. Ohne "wilde Ehen" einer allgemeinen und umfassenden Regelung zu unterwerfen, legen sie ihnen beispielsweise im Erbrecht³⁵⁾, im Konkursrecht³⁶⁾, im bürgerlichen Vermögensrecht³⁷⁾ oder auf dem weiten Feld des Sozial- und Versorgungsrechts³⁸⁾ bestimmte Rechtsfolgen bei. In Frankreich bilden die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse von Partnern einer "union libre" nach den Worten des Ehrenpräsi-

VERNIER, American Family Laws (1931) Bd.I, 108 f. mit weiteren Nachweisen). Der Trend geht "in the direction of formalized sexual ties" und fordert ein "standardized concept of marriage", wobei der common-law-marriage allenfalls noch die Funktion eines "Sicherheitsventils" zur Vermeidung individueller Härtefälle zukommen kann (so WEYRAUCH aaO. 108f.).

- 35) So kennt der Código civil für den Bundesdistrikt von M e x i c o ein Intestaterbrecht der Konkubine (Art. 1635), desgleichen finden sich Bestimmungen über die "sucésion en el concubinato" in Art. 1568 des Código civil von Vera Cruz.
- 36) § 32 der Österreichischen Konkursordnung zählt zur familia suspecta auch "Personen, mit denen der Gemeinschuldner in außerehelicher Gemeinschaft lebt."
- 37) Art. 767 des Código civil von V e n e z u e l a (1942) vermutet eine Gütergemeinschaft, sofern die Frau ein längeres eheähnliches Zusammenleben nachweisen kann.
- 38) § 149 Abs.5 des deutschen AVAVG und § 122 des Bundessozialhilfegesetzes vom 30.6.1961; Nachweise für das französische Recht bei ROUAST und MAS, CONDITIONS S. 36 ff. und 42 ff.; ROUAST, Sécurité sociale et droit de la famille, Etudes Ripert I (1950) 350 ff.; ESMEIN, Rép.civ. "union libre" sec.4; über die Gesetzgebung in Österreich PIEGLER, FamRZ 1955, 245; für Japan siehe ANAN, Mariage extra legem et notion de droit au Japon, MELANGES ROUBIER I (1961), 3.

zenten der Fédération des Familles de France, PERNOT³⁹⁾ inzwischen geradezu einen "Code des Konkubinats". Auch in Österreich, dessen Oberster Gerichtshof die "Lebensgemeinschaft" in ständiger, erst in neuerer Zeit bestätigter⁴⁰⁾ Rechtsprechung als "Familienverhältnis minderer Art" bezeichnet, wird das eheähnliche Verhältnis in der Gesetzgebung auf den verschiedensten Gebieten berücksichtigt.⁴¹⁾

Auch auf dem europäischen Kontinent ist also der "unübersteigbare Graben"⁴²⁾, den das Recht nach der Konzeption der großen Kodifikationen zwischen dem Institut der Ehe einerseits und faktischen Intimbindungen andererseits zieht, an mehr als einer Stelle verschüttet worden.

39) CONDITIONS, Vorwort Seite IV.

40) OGH, Urt.v. 7.11.1961, ÖJZ 1962, EvBl. Nr. 63.
OGH, Urt.v. 26.5.1954, ÖJZ 1954, EvBl. Nr. 372.

41) Näheres bei PIEGLER, FamRZ 1955, 243 ff.

42) CARBONNIER, Terre et ciel dans le droit du mariage, ETUDES RIPERT I (1950), 340.

DAS GELTENDE RECHT DES IN- UND AUSLANDES IM EINZELNEN.

1. A b s c h n i t t

§ 3 Das Konkubinat als Straftatbestand und als Sittenverstoß.

1) Das Konkubinat im Strafrecht

Ein Unwerturteil, das die Rechtsordnung über ein bestimmtes Verhalten fällt, kommt am schärfsten und deutlichsten darin zum Ausdruck, daß sie dieses Verhalten mit einer Strafsanktion belegt. Wie bereits erwähnt, ist die Geschichte reich an Beispielen für Strafvorschriften gegen Partner "wilder Ehen", doch zeigt ein Blick in die strafrechtlichen Kodifikationen unserer Tage, daß diese Praxis im heute geltenden Recht keine Fortsetzung gefunden hat. Weder das deutsche Strafgesetzbuch noch das schweizerische Bundesstrafgesetzbuch von 1937, weder der Code pénal noch das angelsächsische Strafrecht verfolgen Konkubinate.

Auch die Vorschrift des § 560 des italienischen Codice penale betrifft nicht das Konkubinat schlechthin, sondern verschärft die Strafe für Ehebruch für den Fall, daß der Ehebrecher mit seiner Geliebten in der Ehwohnung oder anderwärts zusammenlebt. Kern des Straftatbestandes ist der Ehebruch; das ständige Zusammenleben stellt lediglich einen erschwerenden Umstand dar. Konkubinate werden jedoch von den Gesetzen einiger Schweizer Kantone¹⁾ und in verschiedenen deutschen Landesgesetzen mit

1) Hier zu im einzelnen BAUMANN, Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinates (1932), 27 ff. und COMTESSE, Festgabe für Egger (1945), 305 ff. Seit dem Inkrafttreten des Bundesstrafgesetzbuches sind jedoch nur noch diejenigen kantonalen Bestimmungen wirksam, die das Konkubinat als Übertretung oder Ordnungswidrigkeit mit Strafe bedrohen (JÄGGI, Das verweltlichte Eherecht (1955), 34; BGE 71 IV 46, 52), so z.B. Art. 123 des Zürcher EGZGB. Durch das Bundesstrafgesetzbuch haben auch die Gesetze einiger Kantone, die bereits den bloßen außerehelichen Geschlechtsverkehr

Strafe bedroht²⁾. Erst in jüngster Zeit hat Bayern den Art. 50a des Bayerischen Polizeistrafgesetzbuches von 1882 durch eine neue Strafvorschrift abgelöst, welche Personen, die "durch fortgesetztes häusliches Zusammenleben in außerehelicher Geschlechtsverbindung erhebliches öffentliches Ärgernis erregen", mit Geld- und Haftstrafen bedroht.³⁾.

Die Gültigkeit dieser landesrechtlichen Strafbestimmungen ist jedoch sehr umstritten.⁴⁾ Nach § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch wurden mit dem Inkrafttreten des StGB Vorschriften des Landesstrafrechts außer Kraft gesetzt, "soweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs sind."

"Materie" in diesem Sinne "ist eine Deliktsgruppe, die Verbrechen bestimmter Art oder gegen bestimmte Rechtsgüter abschließend regelt".⁵⁾ Die Gruppe der Sittlichkeitsdelikte und der Verfehlungen gegen das Rechtsgut der rechtlichen und gesellschaftlichen Ordnung des geschlechtlichen Lebens hat aber durch das StGB im 13. Abschnitt und ergänzend in den Abschnitten 12 und 29 eine umfassende Regelung erfahren.

Daraus folgt die ganz h.M. in der Lehre⁶⁾ mit Recht, daß mit der Einführung des StGB die seinerzeit bestehenden landesrechtlichen Strafbestimmungen gegen Konkubinate außer Kraft getreten sind. Dementsprechend ist aber auch für den Erlaß neuer Strafbestimmungen durch die Länder kein Raum, da im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, zu der auch das Strafrecht gehört (Art. 74 Ziff.1 GG) eine landesrechtliche Regelung nicht mehr zulässig ist, wenn für die betreffende Materie bereits eine

unter Strafe stellten (Nachweise bei BAUMANN aaO. 30) ihre Wirksamkeit verloren (BGE 68 IV, 110).

- 2) Art. 14 Württ. Polizei- StGB vom 27.12.1871 und § 72 Badisches Pol.-StGB vom 31.10.1863.
- 3) Art. 25 des Bayerischen Gesetzes über Landes- Strafrecht und Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vom 17.11.1956, GBl.261 = BayS 1956, 1228.
- 4) Hierzu BECKER, FamRZ 1954, 209.
- 5) WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl.(1960), 13.
- 6) BINDING, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes.Teil, 2.Aufl. (1902), 196; FRANK, Komm.z. StGB, 18.Aufl. (1931), 852; MEZGER im "Leipziger Kommentar" 8.Aufl. (1953), Bd.II, Vorb.I; NEUKÖTTER aaO. mit weiteren Nachweisen; v.LISZT-SCHMIDT, Strafrecht, 25.Aufl. (1927) 121, 540.

abschließende reichsrechtliche Regelung besteht, die als Bundesrecht fortgilt. Dennoch hat die Rechtsprechung (7) immer wieder die Gültigkeit landesrechtlicher Strafvorschriften gegen Konkubinate bejaht. Man hat das damit begründet, daß das außereheliche Zusammenleben als Störung der öffentlichen Ordnung auch polizeiliche Belange berühre. Ein polizeiliches Einschreiten aber werde durch § 2 EGStGB nicht verwehrt, denn das sogenannte "Polizeistrafrecht" habe das StGB nicht abschließend regeln wollen. Bei den in Frage kommenden landesrechtlichen Bestimmungen handele es sich darüberhinaus nicht um "Strafdrohungen wegen Verletzung der Sittlichkeit", sondern um "Gesetze zum Schutze der öffentlichen Ordnung". Der Bereich der Verstöße gegen die öffentliche Ordnung könne aber schon um deswillen nicht als abschließend geregelt gelten, weil er als "Sammlung innerlich verschiedenartiger Handlungen" nicht als "Materie" i.S. § 2 EGStGB angesehen werden könne. (8) Das schließt jedoch nicht aus, daß innerhalb des Bereiches der öffentlichen Ordnung Teilgebiete - etwa das der Verstöße gegen die Ordnung der geschlechtlichen Beziehungen, als durch das StGB abschließend geregelt anzusehen sind. (9)

Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 361 Ziff. 6 StGB haben MAYER (10) und NEUKÖTTER (11) dargelegt, daß der Gesetzgeber die Verstöße gegen die Regeln der geschlechtlichen Sittlichkeit auch unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Ordnung gesehen, eine Strafsanktion in diesem Zusammenhang aber bewußt nur über die Gewerbsunzucht verhängt habe.

Die von der Rechtsprechung herausgestellte Grundlage eines Einschreitens gegen Konkubinate im Polizeirecht kann nur Beugemaßnahmen rechtfertigen, mit denen im Interesse der öffentlichen Ordnung die Auflösung "wilder Ehen" erzwungen werden soll. (12) Ein Polizei s t r a f recht, wie es die obengenannte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1900 voraussetzte, gibt es heute nicht mehr. Eine "Strafe" zur Ahndung geschehenen Unrechts kann daher gegen die Konkubanten weder durch Landesgesetz noch gar durch eine Polizeiverordnung einer kommunalen Körperschaft (13) verhängt werden.

7) RGSt 33, 273; BayObLG SJZ 1950, 600; OLG Karlsruhe, FamRZ 1955, 117.

8) so noch RGSt 22, 234 ff.

9) vgl. auch BGHSt 11, 32, wo es um die insoweit vergleichbare Problematik landesrechtlicher Strafbestimmungen gegen die Gewerbsunzucht ging.

10) aaO. 58.

11) aaO. 49.

12) so auch WERNER, Leipziger Kommentar, Anm. IV 2 A zu § 2 EGStGB.

13) über den (gescheiterten) Plan einer "Polizeiverordnung gegen Onkelehen" eines hessischen Landkreises s. STEIN, DVBl. 1956, 192 ff.

Liegt aber die einzig mögliche Grundlage eines Einschreitens gegen "wilde Ehen" im Polizeirecht, muß berücksichtigt werden, daß ein solches Einschreiten staatlicher Organe nur unter den allgemeinen Voraussetzungen polizeilicher Eingriffe angeordnet werden kann. Zur Rechtfertigung bedarf es daher insbesondere des Vorliegens einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die durch die Tatsache des eheähnlichen Zusammenlebens zweier Personen allein noch nicht gegeben ist.

In diesem Sinne verlangte daher schon das Preußische Oberverwaltungsgericht, (14) daß das Konkubinat, um ein polizeiliches Vorgehen zu rechtfertigen, im konkreten Falle ein erhebliches öffentliches Ärgernis erregen müsse (15).

Nur ein schwerwiegendes Interesse der Allgemeinheit kann einen Eingriff der Staatsgewalt in die Sphäre der persönlichsten Beziehungen rechtfertigen; Zwang kann in diesem Bereich nur als ultima ratio in Betracht kommen und muß, wenn irgend möglich, vermieden werden (16). Auch nach der neueren Praxis des Zürcher Regierungsrates (17) zu § 123 des Zürcher EGZGB muß ein Konkubinat zumindest objektiv geeignet sein, öffentliches Ärgernis zu geben, ehe dagegen vorgegangen werden darf.

14) PROVGE 7, 370: "...Bezüglich der Konkubinate ergibt sich daraus, daß die Polizei befugt ist, auf ihre Lösung zu dringen, sobald durch dieselben tatsächlich öffentliches Ärgernis gegeben wird..."

15) Der gleiche Grundsatz galt schon gegen Ende des vorigen Jahrhunderts in Österreich: Solange ein solches...Verhältnis nicht durch öffentliches Ärgernis oder Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit störend in das Gemeindeleben eingreift und eine An Gelegenheit des Privatlebens bleibt, entzieht es sich der Kompetenz der Behörde." (Österr. Verwaltungsgerichtshof, zit. bei EHRENZWEIG, System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts, Bd.II, Teil 2 : Familien- und Erbrecht (1937), 4).

16) Zu weitgehend ist daher eine Regelung, wie sie das Familiengesetzbuch von Süd-Vietnam vom 22.1.1959 getroffen hat: Das Konkubinat wird in Art. 77 ausdrücklich verboten. Auf Anordnung des Staatsanwalts müssen die Partner entweder binnen 2 Monaten heiraten oder jegliche gemeinsame Lebensführung aufgeben. Sind aus dem eheähnlichen Verhältnis Kinder hervorgegangen, ist eine Heirat (Art.78) sogar zwingend vorgeschrieben. Weigern sich die Partner, kann die Eheschließung durch Strafen (!) erzwungen werden (Art.82). Näheres hierüber bei DERRIDA, Un code de la famille au Sud-Vietnam, Rev.Int.dr.comp. 1961, 57 ff.

2) Eheähnliche Verhältnisse und "gute Sitten".

Neben den in ihrer Bedeutung sehr beschränkten polizeirechtlichen Vorschriften kennt das Recht der Bundesrepublik und ihrer Nachbarstaaten keine gesetzliche Norm, die eine außereheliche Lebensgemeinschaft expressis verbis verbietet oder als rechtswidrig bezeichnet. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang allenfalls an Art. 6 GG, der Ehe und Familie unter der besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt. Die Gewährung eines besonderen Schutzes für die Ehe könnte zugleich ein verbindliches Unwerturteil des Verfassungsgesetzgebers über ihr Gegenstück, das Konkubinat, enthalten.

Zwar hat man seinerzeit die zunächst vorgesehene Fassung des jetzigen Art. 6 GG, die die Ehe ausdrücklich als "die rechtmäßige Form" der dauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau kennzeichnete, fallengelassen. Bei den Beratungen im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates wurde darauf hingewiesen, daß sich auch in Deutschland "außerhalb der Ehe neue Lebensformen" herausgebildet hätten, die "keineswegs als unmoralisch und nicht zu billigen anzusehen" seien.¹⁸⁾ Zu weitgehend ist aber WERNICKE's ¹⁹⁾ Folgerung, danach „lasse sich die Auffassung, daß die Ehe allein die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau darstelle, kaum noch aufrecht erhalten". Wenn im Parlamentarischen Rat wirklich "eine gewisse Scheu vor der entschiedenen Ablehnung der außerehelichen Formen der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau" ²⁰⁾ bestanden hat, so darf man dabei doch nicht verkennen, daß die Abgeordneten im Jahre 1949 die außergewöhnlichen Verhältnisse der ersten Nachkriegsjahre vor Augen hatten.

17) vgl. den Bericht von BOLLIER, SchwJZ 1960, 64.

18) Abg. SELBERT (SPD), 43. Sitzung, Sten.Prot. 31 ff.

19) Anm. II 1 b zu Art. 6 GG. ("BONNER KOMMENTAR")

20) MANGOLDT-KLEIN, Anm. III,2 zu Art. 6 GG.

Wernicke selbst erwähnt den Fall, daß eine Ehefrau wegen eines absoluten Scheidungsgrundes bereits vor Jahren die Scheidungsklage erhoben hatte, eine Auflösung der Ehe aber wegen Kriegsgefangenschaft des Mannes nicht erwirken konnte und nun mit ihrem "neuen Partner" in einem eheähnlichen Verhältnis zusammenlebt, als Beispiel. Vielleicht dachte man dabei auch an die seinerzeit gesetzlich noch nicht besonders anerkannten "freien Ehen" von Personen, denen es durch die nationalsozialistische Gesetzgebung wider das natürliche Recht verwehrt war, eine formgültige Ehe zu schließen.²¹⁾

Nachdem aber inzwischen eine weitgehende Konsolidierung der Verhältnisse eingetreten ist, sind Fälle, in denen Personen durch von ihnen nicht zu vertretende Umstände gehindert sind, ihrer Verbindung auch die adaequate Form vor dem Gesetz zu geben, außerordentlich selten geworden. Damit sind aber auch die Grundlagen für die von WERNICKE vertretene Ansicht weggefallen. Zwar wird die extra legem verwirklichte "Lebensgemeinschaft" durch Art. 6 GG nicht als rechtswidrig bezeichnet. Auch verbietet es das Grundgesetz dem Gesetzgeber nicht schlechthin, an das Vorliegen eines eheähnlichen Verhältnisses Rechtsfolgen zu knüpfen, solange dieses Verhältnis dadurch nicht begünstigt und in seinem Fortbestand geschützt wird. Der besondere S c h u t z der Rechtsordnung aber muß nach dem Grundgesetz allein der Ehe vorbehalten bleiben. Kann das Zusammenleben in "wilder Ehe" somit nicht als rechtswidrig angesehen werden, so bleibt doch die Frage, ob in ihm nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt. Die deutsche Rechtsprechung hat das Zusammenleben von Mann und Frau in außerehelicher Gemeinschaft wiederholt ausdrücklich als sittenwidrig bezeichnet.²²⁾ Ein Blick auf das benachbarte Ausland zeigt indessen, daß diese Ansicht

21) vgl. heute das Gesetz über die Anerkennung freier Ehen rassisch und politisch Verfolgter vom 23.6.1950, BGBI. I, 226.

22) ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BGH FamRZ 1960, 129; BGH NJW 1961, 1459.

durchaus nicht überall geteilt wird. Zwar wird auch in der französischen Literatur die "union libre" als "situation immorale"²³⁾ oder "contraire aux principes de morale"²⁴⁾ bezeichnet. Aber neben den Stimmen, die aus diesem Grunde eine "formule de combat" gegen außereheliche Verbindungen fordern²⁵⁾, gibt es andere, die ein Konkubinat nicht notwendig und unter allen Umständen für unmoralisch halten. So meint TUNC²⁶⁾, sofern ein außereheliches Zusammenleben nicht nur Mittel zum Zweck flüchtiger physischer Befriedigung sei, sondern dem Willen entspreche, wirklich eine Familie zu begründen ("se mettre en ménage") und sich einfüge in "un amour total, considéré par les participants comme permanent", könne man es als unmoralisch nicht bezeichnen. Das Fehlen der vorgeschriebenen rechtlichen Form stelle daher lediglich eine "faute de discipline ou de procédure" nicht jedoch einen materiellen Sittenverstoß dar. Bei der praktischen Bewältigung der durch die unions libres gestellten rechtlichen Probleme zeigen Gesetzgebung und Rechtsprechung in Frankreich eine ziemliche Zurückhaltung und Toleranz, sodaß ESMEIN²⁷⁾ die französische Praxis zutreffend mit der Feststellung umschreibt, im französischen Recht werde die "union libre" - von Ausnahmen abgesehen - nicht geschützt, man könne aber auch nicht sagen, daß sie unerlaubt oder unmoralisch sei.

Auch in Österreich gilt die "Lebensgemeinschaft" als "im allgemeinen nicht unerlaubt"²⁸⁾, und der Oberste Gerichtshof hat in einer Entscheidung²⁹⁾ aus dem Jahr 1954

23) MARTY-RAYNAUD, Droit Civil (1961) Nr. 679.

24) COLIN-CAPITANT-JULLIOT de la MORANDIÈRE, Traité de Droit Civil (1957) Nr.1321.

25) PLANIOL-RIPERT-ROUAST aaO. Nr.79; MARTY-RAYNAUD aaO. Nr. 682.

26) H.u.L.MAZEAUD, A.TUNC, Traité théorique et pratique responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Bd.I, 5.Aufl. (1957) Nr.279.

27) ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.7

28) KLANG-GSCHNITZER, Kommentar z.ABGB, 2.Aufl.(1952), § 879 Anm.C.

ausdrücklich ausgesprochen, daß "nach der wohl überwiegenden Auffassung in dem Eingehen der Lebensgemeinschaft an sich nichts Sittenwidriges mehr erblickt werden könne."

Angeichts dessen stellt sich dem deutschen Betrachter die Frage, ob die deutsche Rechtsprechung die soziologischen Gegebenheiten hinreichend berücksichtigt, wenn sie das Problem der eheähnlichen Gemeinschaft allein unter dem Aspekt von Sitte und Moral betrachtet. Die eingangs aufgezeigte Verschiedenartigkeit der Motive, die den "wilden Ehen" unserer Tage zugrundeliegen, läßt es sehr fraglich erscheinen, ob man gegen die Partner eheähnlicher Verhältnisse schlechthin den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens erheben kann. Eine "neutralere", mehr auf den in concreto zu entscheidenden Streit als auf ein generelles Werturteil ausgerichtete Betrachtungsweise dürfte der Problematik der "wilden Ehen" besser gerecht werden.

2. A b s c h n i t t :

DIE RECHTSBEZIEHUNGEN DER PARTNER UNTEREINANDER.

§ 4 - Verpflichtungen gegenüber dem Partner während des Bestehens einer "wilden Ehe".

1) Das äußere Erscheinungsbild der "wilden Ehe" wird von den gleichen Elementen bestimmt, die - neben anderen - auch für eine reguläre Ehe kennzeichnend sind: Die Partner wohnen zusammen, haben miteinander geschlechtlichen Verkehr, führen einen gemeinschaftlichen Haushalt und erwarten voneinander gegenseitige Hilfe und Unterstützung in allen Lebenslagen sowie Treue i.S. des Ausschlusses intimer Beziehungen zu dritten Personen.

Während aber in der Ehe die Gatten einander zu solchem Verhalten auf Lebenszeit rechtlich verpflichtet sind, (§ 1353 BGB, Art. 212 C.c.) beruht ein entsprechendes

Verhalten bei der eheähnlichen Gemeinschaft lediglich auf dem freien, meist stillschweigenden Übereinkommen der Beteiligten. Die Rechtsordnung - am Bestand und der Aufrechterhaltung "wilder Ehen" nicht interessiert, stellt es den Partnern grundsätzlich frei, sich von einem solchen Übereinkommen nach Belieben loszusagen. Nur in der Ehe haben sich die Pflichten, die sich gewissermaßen als "natürliche" Konsequenz aus dem Wesen der Lebensgemeinschaft ergeben, zu Rechtspflichten verdichtet, wogegen sie bei einem Konkubinat allenfalls das Gewissen der Partner binden können.

Das Recht gebietet den Konkubenten weder Treue, noch gar ein Festhalten an der einmal aufgenommenen Lebensgemeinschaft und nur in ganz besonderen Fällen Beistand und Unterstützung für den Partner. Auch aus dem Umstand, daß zum Beispiel im Fürsorgerecht die Rechtsprechung¹⁾ und in neuerer Zeit sogar der Gesetzgeber²⁾ davon ausgehen, daß die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft einander Unterhalt gewähren, und daher das Einkommen des Konkubinatspartners zu Lasten des Bedürftigen wie das eines Ehegatten berücksichtigen, läßt sich nicht schließen, damit sei indirekt eine Rechtspflicht zur Unterhaltsgewährung anerkannt.³⁾ Wer dies annimmt, verkennet, daß es bei der Bedürftigkeitsprüfung im Fürsorgerecht lediglich auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse ankommt, wobei völlig irrelevant bleibt, ob einer tatsächlich erfolgenden Unterhaltsgewährung eine Rechtspflicht zugrundeliegt oder nicht.⁴⁾

1) OVG Münster, DÖV 1956, 502; OVG Berlin, JZ 1957, 674; OVG Hamburg, DVBl. 1956, 208; OVG Lüneburg, FamRZ 1955, 190.

2) so in § 149 Abs. 5 AVAVG i. d. F. vom 25.12.1956, (BGBl. I, 1018) und § 122 BSHG vom 30.6.1961 (BGBl. I, 815).

3) so aber H. KRÜGER, Anm. z. Urteil d. BAG vom 23.4.1959 in ARBEIT und RECHT 1960, 31 ff.

4) so das Bundesverfassungsgericht, Beschl. vom 16.12.1958, NJW 1959, 283 = FamRZ 1959, 96 und das BVerwG, MDR 1963, 621.

In der Regel sind sich die Partner eheähnlicher Verhältnisse des Fehlens rechtlich durchsetzbarer Ansprüche auch durchaus bewußt. Es kommt nur ausnahmsweise vor, daß sie etwa versuchen würden, mit Hilfe der Gerichte Ansprüche gegen den Partner durchzusetzen, die sich aus dem Bestehen des eheähnlichen Verhältnisses herleiten. In einem solchen Fall hatte ein Pariser Friedensgericht⁵⁾ über die Klage einer Frau zu entscheiden, der von ihrem Geliebten untersagt worden war, dessen bisher gemeinsam bewohntes Appartement zu betreten. Der Mann hatte sich von seiner Geliebten losgesagt und, "um seine Ruhe zu haben", an der Wohnung ein neues Türschloß anbringen lassen. Der Friedensrichter hatte ihn auch verurteilt, den früheren Zustand wieder herzustellen und ermächtigte die Frau, sich notfalls mit Hilfe der Polizei wieder Zutritt zu der Wohnung zu verschaffen. Diese Entscheidung wurde freilich wieder aufgehoben. Das Gericht 2.Instanz⁶⁾ bezeichnete es mit Recht als "contraire à l'ordre public", die faktische Gemeinschaft der Beteiligten von Rechts wegen wieder herzustellen. Es begründete dies in erster Linie damit, daß es sich im konkreten Fall um ein ehebrecherisches Verhältnis handelte. Nichts anderes dürfte aber gelten, wenn es sich um ein Konkubinat Unverheirateter gehandelt hätte, wenn man den oben entwickelten Grundsätzen folgt.⁷⁾

Gibt es für die Konkubenten keine Rechtspflicht zur gegenseitigen Treue, dann darf der Umstand, daß jemand den Partner mit einer dritten Person "betrogen" oder die bestehende "Lebensgemeinschaft" von sich aus beendet hat, auch keine indirekten Sanktionen mit Hilfe der Rechtsordnung - etwa auf dem Wege des Widerrufs einer dem Untreuen früher gemachten Schenkung wegen groben Undanks, nach sich ziehen.⁸⁾

5) Trib. de paix du 4^e arrondissement, zit. bei RODIÈRE, Travaux Capitants XI (1957), 63.

6) Trib.civ. Seine, Urt.v. 10.6.1947, Gaz.Pal. 1947.II, 128.

7) so auch RODIÈRE aaO.

8) Ablehnend zur Anwendung des Art. 955 C.c. in derartigen

2) Eine Ausnahme darf allein in gewissen Grenzsituationen des Lebens gelten. Ein soziales Faktum, das so folgenreich in das persönliche Schicksal der Beteiligten eingreift wie die umfassende Lebensgemeinschaft der Partner eines eheähnlichen Verhältnisses, kann nicht außer Betracht bleiben, wenn ein Partner in Fällen von außerordentlicher Not oder Gefahr der Hilfe und des Beistandes des anderen bedarf.

Mit der größten Schärfe stellt sich das Problem im Strafrecht: Jemand verschuldet etwa den Tod seines Konkubinatspartners, indem er - obwohl ihm die Rettung möglich und zumutbar wäre - untätig bleibt, also z.B. den Arzt nicht ruft bzw. den Ertrinkenden nicht aus dem Wasser zieht. Ist er nur wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 330 c StGB) zu bestrafen, oder macht er sich einer durch pflichtwidriges Unterlassen begangenen vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung schuldig? Die Antwort hängt davon ab, ob man eine besondere Rechtspflicht zur Abwendung der dem Partner drohenden Gefahr und damit eine sogenannte "Garantenstellung" der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft annimmt oder nicht.

Solche Rechtspflichten ergeben sich in der Regel aus Gesetz oder Vertrag, sie können nach ständiger Rechtsprechung aber auch durch vorausgegangenes Tun oder eine enge tatsächliche Lebensgemeinschaft begründet werden.⁹⁾ Die deutsche Rechtsprechung hat in neuerer Zeit wiederholt eine solche Garantenstellung bei Personen bejaht, die in einem Konkubinat zusammenlebten.¹⁰⁾ Zu er-

Fällen daher Cass.civ. vom 20.7.1936, D.H.1936,441; Cour de Paris v. 8.7.1926, S 1926.II.91 und RODIERE aaO. - für das deutsche Recht BGHZ 35,111 = NJW 1961, 1460.

9) Allgemein zur Ableitung einer Rechtspflicht aus tatsächlicher Lebensgemeinschaft NAGLER, Leipziger Kommentar Einl.39; MAURACH, Strafrecht, Allg.Teil (1958) 477; WELZEL aaO. 190; NIETHAMMER, ZStW 1957,444 ff.

10) Nachweise und eingehende Erörterung des Problems bei GEILEN, Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 149 ff.

wähnen sind namentlich zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, in denen es jeweils um die Frage ging, ob für den Konkubenten eine Rechtspflicht bestand, den Selbstmord des Partners zu verhindern. Im ersten Fall¹¹⁾ hatte es ein junger Mann durch Fahrlässigkeit versäumt, den Selbstmord seiner minderjährigen Verlobten abzuwenden, die ihre Pflegeeltern verlassen und mit ihm "eine von der Sitte nicht gebilligte, aber tatsächliche Gemeinschaft des Lebens" aufgenommen hatte. Bei "der Unbedingtheit, mit der sie einander angehörten" bejahte der BGH eine Verpflichtung des jungen Mannes, Gefahren für Leib und Leben von seiner Partnerin abzuwenden. Er leitet diese Rechtspflicht allerdings nicht unmittelbar aus dem Tatbestand des Zusammenlebens ab - vielmehr begründet er sie teils mit dem vorausgegangenen Tun, teils mit dem Verlöbniß, das hier bestanden hatte. Im Zusammenhang mit dem Verlöbniß kommt der BGH aber wieder auf die Tatsache der Lebensgemeinschaft zurück, weil ein Verlöbniß nur beim Hinzutreten besonderer Umstände eine Garantenstellung begründen könne. Auch das pflichtbegründende "vorausgegangene Tun" des Mannes bestand im wesentlichen in der Aufnahme und Verwirklichung des gemeinsamen Lebens mit seiner Verlobten, sodaß es letzten Endes die Elemente der "tatsächlichen Gemeinschaft des Lebens" waren, die hier zur Begründung der Rechtspflicht zum Beistand herangezogen wurden.

Im zweiten Falle¹²⁾ wohnten die Beteiligten, ein 28-jähriger Arbeiter und seine 38jährige Verlobte, seit einigen Wochen zusammen in zwei Zimmern eines Behelfsheims. Nach einem Streit erhängte sich der Mann vor den Augen seiner Partnerin, ohne daß diese etwas zu seiner Rettung unternommen hätte. In diesem Urteil begründet der BGH die Rechtspflicht der Angeklagten zur Verhinderung des Selbstmords - ohne diesmal dem Verlöbniß der Beteiligten Bedeutung beizulegen - allein aus der tatsächlichen Lebensge-

11) BGH, Urt.v. 2.9.1954, JR 1955, 104 = LM Nr.25 zu § 222 StGB

12) BGH, Urt.v. 5.7.1960, FamRZ 1960, 402.

meinschaft und dem vorausgegangenen Verhalten der Beteiligten. Diese neuere Rechtsprechung ist von GEILEN¹³⁾ lebhaft kritisiert worden. Der aus dem Konkubinat als einer faktischen Verbindung fließende Pflichtenkreis stehe, so meint GEILEN, "nicht mehr auf rechtlich tragfähigem Boden". Er rügt insbesondere, daß es die Rechtsprechung bei der Feststellung einer tatsächlichen Lebensgemeinschaft bewenden lasse, ohne nach deren sittlichem Wert und sozialetischer Qualität zu fragen.

Es erscheint aber sehr fraglich, ob man - wie GEILEN aaO. S.156 - die Entscheidung über das Bestehen einer elementaren, aus einer extremen Situation des Lebens plötzlich hervortretenden Pflicht zur helfenden Tat von allzu subtilen rechtlichen Erwägungen (etwa darüber, ob die Betätigung des Entschlusses zum Selbstmord einen konkludenten Rücktritt vom Verlöbniß darstelle !) abhängig machen kann. Gewiß genügt nicht jede bloß individualethisch begründete "moralische" Verpflichtung, um eine Garantenstellung zu begründen. Eine Rechtspflicht zum Handeln setzt voraus, daß nach der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft bei Würdigung aller Umstände ein Tun erwartet und ein Untätigbleiben verurteilt werden muß. Die Verpflichtung, für den todkranken Partner einen Arzt zu rufen, ist aber z.B. keine nur individualethisch gebotene "moralische" Pflicht, deren Nichterfüllung der Rechtsordnung gleichgültig bleiben könnte. Schon das Reichsgericht¹⁴⁾ hat anerkannt, daß eine sittliche Verpflichtung für "Menschen, die der Außenwelt in so enger Lebensgemeinschaft verbunden gegenüberstehen, wie es in der Familie oder in der häuslichen Gemeinschaft der Fall zu sein pflegt", zur Rechtspflicht werden kann. Der Rechtsprechung des BGH, die diesen Gedanken aufgenommen und fortentwickelt hat und die auch in der Lehre über-

13) Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 152 ff.

14) RGSt 69, 323.

wiegend Zustimmung gefunden hat¹⁵⁾, ist daher m.E. zuzustimmen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Vorschrift des § 170c StGB.

Danach wird bestraft, wer einer von ihm Geschwängerten gewissenlos die Hilfe versagt, deren sie wegen der Schwangerschaft oder der Niederkunft bedarf und dadurch Mutter und Kind gefährdet.¹⁶⁾ Über den Umfang der von dem Schwängerer zu fordernden Hilfe besteht Streit, soweit es sich - wie bei den hier interessierenden Fällen der Schwangerschaft einer Konkubine - um eine außereheliche Schwangerschaft handelt. Während MAURACH¹⁷⁾ meint, daß die „an sich gutgemeinte Vorschrift, soweit die außereheliche Schwangerschaft in Frage steht, den Reformbestrebungen des bürgerlichen Rechts in unzulässiger Weise vorausseile“, und auch SAUER¹⁸⁾ und LANGE¹⁹⁾ die Verpflichtung des außerehelichen Schwängerers auf die ihm kraft positiven bürgerlichen Rechts obliegende Unterhaltszahlung beschränkt wissen wollen, machen andere Autoren mit Recht geltend, daß sich die Hilfe, deren die Frau wegen der Schwangerschaft oder der Niederkunft bedarf, hierin nicht erschöpft.²⁰⁾ Das Strafbuch hat hier, soweit es sich um die außereheliche

15) so bei MEZGER, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl. (1960), 80; MAURACH, Strafrecht, Allg. Teil (1958), 477.

16) Die Vorschrift wurde im Jahre 1943 durch die Verordnung zum Schutze v. Ehe, Familie und Mutterschaft (RGBl. I, 169) in Anlehnung an skandinavische Vorbilder und die im wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmung des Art. 218 des schweizerischen Strafgesetzbuches eingeführt.

17) Strafrecht, Besonderer Teil S. 372.

18) System des deutschen Strafrechts, Bes. Teil S. 550.

19) im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung - vgl. KOHLRAUSCH-LANGE, Komm. z. StGB, § 170c Anm. 1.

20) "Auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die besonders bei außerehelicher Schwangerschaft hinter diesen Anforderungen zurückbleiben, kommt es nach dem deutlichen Gesetzeswortlaut nicht an." (JAGUSCH, Leipz. Kommentar, 8. Aufl. (1958), § 170c). Auch der StGB-Entwurf 1960 hat die von verschiedenen Mitgliedern der Großen Strafrechtskommission vorgeschlagene Be-

Schwangerschaft handelt, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts ergänzt und, indem es dem Schwängerer weitergehende Pflichten auferlegte, auf mittelbarem Weg das materielle Zivilrecht dem heutigen Sozialempfinden angepaßt.²¹⁾

Nach herrschender Ansicht²²⁾ umfaßt die zu fordernde Hilfe nicht nur jede erforderliche und dem Schwängerer zumutbare wirtschaftliche Unterstützung ohne Beschränkung auf die in §§ 1708, 1715 BGB festgelegten Leistungen, sondern namentlich auch seelischen und persönlichen Beistand, insbesondere Rat und Zuspruch.²³⁾ Weitergehend meint NAGLER²⁴⁾, der Schwängerer dürfe auch die persönlichen Beziehungen nicht grundlos lösen oder auch nur erkalten lassen. Schließlich habe er die Schwangere und das Kind nach seinem Vermögen gegen soziale Zurücksetzung, Anfechtungen oder gar Verstoßung in ihrem bisherigen Lebenskreis zu schützen. Diese Auffassung führt in dem hier allein interessierenden Fall der eheähnlichen Lebensgemeinschaft zwischen der Schwangeren und dem Erzeuger des Kindes zu der Konsequenz, daß der Schwängerer bei Vermeidung einer Bestrafung nach § 170 c StGB rechtlich verpflichtet ist, zumindest in den Wochen vor und unmittelbar nach der Niederkunft das eheähnliche Zusammenleben mit seiner Partnerin in vollem Umfang fortzusetzen.

Die Gegner der h.M. äußern hiergegen erhebliche Be-

schränkung auf den Beistand in einer wirtschaftlichen Notlage bewußt vermieden.

- 21) NAGLER, Leipziger Kommentar (7.Aufl.) § 170 c StGB; BOEHMER, Grundlagen der Bürgerl. Rechtsordnung, I, 86; BOEHMER, FamRZ 1960, 481; für das schweizerische Recht COMTESSE, SchwZStR 1958, 130 - a.A. MAURACH aaO.; SAUER aaO.; U.H.LANGE, FamRZ 1960, 386 ff.; BLEI, FamRZ 1961, 146.
- 22) SCHWARZ, Komm.z. StGB, § 170 c Anm.2; DALCKE, Strafr und Strafverfahren (1961) § 170 c Anm.4; RIETZSCH, DJ 1943, 241; JAGUSCH, Leipz.Komm.(8.Aufl.) § 170 c Anm.2; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Komm.z. StGB, 10.Aufl.(1961) § 170 c Anm. II,2; WELZEL, Strafrecht, (6.Aufl.) 349 und die Amtliche Begründung des StGB-Entwurfs 1960, BR-Drucksache Nr. 270/60.

denken, da dies der ehelichen Geburt und damit der Ehe "einige von den Wertakzenten (nehme), die ihnen zukommen müssen" und damit dem verfassungsmäßig garantierten Schutz von Ehe und Familie widerspreche.²⁵⁾ Auf sämtliche Fälle der außerehelichen Schwangerschaft angewandt, mögen die Forderungen NAGLER's zu weit gehen. Es ist aber sicher angebracht, an den Konkubenten, der seiner Partnerin seither tatsächlich wie ein Ehemann zur Seite gestanden hat, strengere Anforderungen zu stellen, als an einen außerehelichen Schwängerer schlechthin. Wenn auch die Rechtsordnung nicht am Fortbestand "wilder Ehen" interessiert sein kann, sondern eher darauf hinwirken muß, daß Konkubinate nach Möglichkeit aufgelöst werden, so kann sie doch weder fordern noch dulden, daß dies gerade in dem Zeitpunkt geschieht, wo die Schwangere des Rückhalts und Schutzes, den ihr die eheähnliche Gemeinschaft mit dem Partner bietet, und den sie anderwärts nun einmal in der Regel nicht finden kann, am dringendsten bedarf. Der beste und allein befriedigende Rückhalt für die Frau in der kritischen Zeit der Schwangerschaft und Niederkunft wäre freilich die Geborgenheit in einer Ehe mit dem Erzeuger des Kindes. Wenn aber das Gesetz mit guten Gründen davon absieht, entsprechend einer konventionellen Übung den Schwängerer zur Eheschließung zu zwingen, bleibt nur die Möglichkeit, ihn dazu anzuhalten, seiner Partnerin auch jetzt wenigstens den materiellen und seelischen Beistand zu leisten, den er ihr im Rahmen des eheähnlichen Zusammenlebens auch bisher aus freien Stücken gewährte. Andernfalls würde man die Schwangere hilflos sich selbst und ihrem Schicksal überlassen.

23) OLG Braunschweig, NdsRpfl. 1959, 230.

24) Leipziger Kommentar (7.Aufl.) zu § 170 c StGB.

25) so BOCKELMANN in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften Bd.8 (88.Sitzung) S. 402.

Festzuhalten bleibt aber, daß es sich bei den vorstehend erörterten Fällen um Ausnahmesituationen handelt; nur der Schutz höherwertiger Rechtsgüter rechtfertigt es, einen an sich ordnungswidrigen tatsächlichen Zustand zur Quelle von Rechtspflichten zu machen. Ansonsten aber gehört die "Unverbindlichkeit" im Bereich der persönlichen Beziehungen nun einmal zum Wesen des extra legem eingegangenen, von der Rechtsordnung nicht geschützten Konkubinats.

§ 5 - Der Grundsatz der freien Lösbarkeit einer eheähnlichen Gemeinschaft.

Aus dem Gedanken der grundsätzlichen rechtlichen Unverbindlichkeit folgt unmittelbar, daß - von den eben erwähnten Ausnahmen abgesehen - jeder Partner das eheähnliche Zusammenleben auch ohne besonderen Grund jederzeit nach Belieben beenden kann.¹⁾ Daran kann selbst langjähriges Bestehen einer "wilden Ehe" und die Existenz von Kindern aus dieser Verbindung nichts ändern. Das ist auch der Standpunkt des französischen Kassationshofes: "La rupture d'une liaison illégitime ne constitue pas en elle-même une faute civile susceptible d'ouvrir droit à des dommages-intérêts...la situation essentiellement précaire et instable créée par l'union libre étant susceptible de se modifier par la seule volonté de l'une ou de l'autre des parties, le seul fait de la rupture des relations intimes d'apparence durable, née d'un entraînement réciproque, ne peut justifier l'allocation de dommages- intérêts".²⁾

1) CARBONNIER, Droit Civil, Bd.I. 461; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIERE, Traité de Droit Civil (1957) Nr.1326; ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.9; MARTY-RAYNAUD, aaO. Nr.680,2. MAZEAUD, Leçons de Droit Civil (1955), Nr. 708,3 und der Bundesgerichtshof, BGHZ 33,111 = NJW 1961, 1460 sprechen sogar von einer sittlichen Pflicht, das eheähnliche Verhältnis zu beenden.

2) Cass.civ. vom 17.6.1953, JCP 1954.II.7976.

Wenn auch der verlassene Partner - namentlich die Frau - durch den Abbruch der Beziehungen häufig in eine sehr mißliche Lage gerät (man denke etwa an den Wegfall des oft vom Partner gewährten Unterhalts, berufliche Nachteile durch evtl. Unterbrechung der vor Aufnahme des Zusammenlebens ausgeübten Tätigkeit, Verminderung der Heiratsaussichten), so kann dies doch keinen Schadensersatzanspruch gegen den anderen Teil begründen.³⁾

Schließlich haben die Beteiligten ja schon bei der Aufnahme des gemeinsamen Lebens gewußt, daß sie sich in eine rechtlich völlig ungeschützte Position begaben, deren Vorteile in ihrem Fortbestand allein vom Belieben und guten Willen des Partners abhängig sind. Mit dem Entschluß zu der "unverbindlichen" Form des Zusammenlebens haben sie notwendig auch das Risiko, eines Tages schutzlos allein zu stehen, auf sich genommen und auf den Schutz, den die Rechtsordnung ihnen in der Institution der Ehe anbot, selbst verzichtet.

Lediglich ein besonders verwerfliches Verhalten des einen Teils kann eine Ausnahme rechtfertigen: So hat die französische Rechtsprechung der verlassenen Konkubine einen Schadensersatzanspruch zugesprochen, wenn sie durch eine "séduction dolosive" zur Aufnahme intimer Beziehungen bestimmt worden war. Die "séduction par moyens illicites" (z.B. Mißbrauch der Autorität, nicht eingelöstes Heiratsversprechen, arglistige Machenschaften) gilt als unerlaubte Handlung i.S. des Artikels 1382 C.c.⁴⁾. So haben die französischen Gerichte z.B. Schadensersatzan-

3) vgl. die unter 1) Genannten, ferner RODIÈRE aaO. 71; aus der französischen Rechtsprechung namentlich Cass. civ. vom 17.6.1953, D.1953,596; JCP 1954.II.7976 m. Anm. ESMEIN; Rev.trim.dr.civ. 1954,84 m.Anm.LAGARDE; ebenso bereits Cass.civ. vom 9.7.1935, D.H.1935,444; Cass.civ. vom 11.3.1936, D.P.1937.I.16 = S 1936.I.171; Dijon, Urt.v. 7.2.1928, D.P.1928.II.169 m.Anm.NAST; Lyon, Urt.v. 18.1.1929, D.P.1929.II.37; Aix, Urt.v. 28.12.1933, D.P. 1935.II.41 m.Anm. NAST.

Anderer Ansicht offenbar H.KRÜGER, Arbeit und Recht 1960, 31 ff.

4) ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.15.

ansprüche bejaht gegenüber einem Mann, der die Klägerin durch ein Eheversprechen veranlaßte, sich von ihrem ersten Gatten scheiden zu lassen. Nachdem er längere Zeit mit ihr zusammengelebt hatte ohne sein Versprechen einzulösen, verließ er sie plötzlich und heiratete eine andere Frau, obwohl die Klägerin inzwischen ein Kind von ihm erwartete.⁵⁾ Eine Schadensersatzpflicht bejahten die Gerichte auch bei Ausnutzung der Unerfahrenheit einer Minderjährigen⁶⁾, gegen einen Mann, welcher seiner Geliebten verschwiegen hatte, daß er verheiratet war⁷⁾, und gegen einen 40jährigen erfolgreichen Architekten, der durch Mißbrauch seines Ansehens und seiner Überlegenheit auf arglistige Weise eine 18jährige aus der Nachbarschaft zu seiner Konkubine gemacht hatte.⁸⁾

Bei einem Vergleich dieser Praxis mit dem deutschen Recht ist zu bedenken, daß die von der französischen Rechtsprechung zugebilligten Ansprüche zu einem erheblichen Teil Fälle betreffen, die auch in Deutschland zu einem Schadensersatzanspruch über § 1298 BGB führen würden.

Es hat den Anschein, daß die neuere französische Rechtsprechung zu einer extensiven Auslegung des Begriffs der "séduction dolosive" neigt, um in Fällen helfen zu können, wo Billigkeitserwägungen eine Entschädigung der durch den Abbruch der Beziehungen in Not geratenen ver-

5) Paris, Urt.v. 4.1.1952, D 1952,112 = JCP 1952.II.6842 m.Anm. ESMEIN. Ablehnend dazu MAZEAUD aaO. S.721 und Anm. S 1952.II.85 mit dem Argument, die von der Cour de Paris herausgestellten "circonstances particulières" des vorliegenden Falles hätten zwar den Schaden der Frau vergrößert, begründeten aber nicht die Annahme einer "séduction dolosive", da der Mann ja zunächst nicht die Absicht gehabt habe, sich wieder von seiner Partnerin zu trennen.

6) Poitiers, Urt.v. 16.1.1951, D 1951,124.

7) Privas, Urt.v. 28.2.1952, S 1952.II.148.

8) Cass.civ. vom 7.10.1957, JCP 1957.II.10235. Weitere Beispiele bei ESMEIN aaO. Nr.17 ff.; für den Fall des nicht eingelösten Eheversprechens auch Cass.civ. vom 16.10.1956, JCP 1956.II.9646 m.Anm. ESMEIN.

lassenen Konkubine wünschenswert erscheinen lassen. Diese Überlegungen bleiben aber im Hintergrund: rechtliche Basis des Schadensersatzanspruchs ist nicht die (qualifizierte) "rupture" des Konkubinats, sondern ausschließlich die - möglicherweise Jahre zurückliegende - "séduction par moyens illicites".⁹⁾ Der Schadensersatzanspruch aktualisiert sich erst im Augenblick der "rupture", weil die Verführte während der Dauer des eheähnlichen Zusammenlebens durch die Fürsorge ihres Partners gewissermaßen im Wege der Naturalrestitution entschädigt wird.¹⁰⁾ Die genannten Entscheidungen stellen daher nur scheinbar eine Durchbrechung des obengenannten Grundsatzes dar. Die "rupture" an sich ist erlaubt; jeder Partner kann das Konkubinat nach Belieben von sich aus lösen, die Beendigung des eheähnlichen Zusammenlebens als solche begründet auch im französischen Recht keinen Schadensersatzanspruch. Die Beendigung einer "wilden Ehe" darf auch nicht indirekt - etwa auf dem Wege des Widerrufs früherer Schenkungen o.ä. - zu rechtlichen Sanktionen gegen den "abtrünnigen" Partner führen. Erst in neuerer Zeit hat der BGH ausgesprochen, daß sich in solchen Fällen niemand auf "groben Undank" i.S. des § 531 BGB berufen könne, da der andere Teil zur Lösung des eheähnlichen Verhältnisses nicht nur berechtigt, sondern sogar sittlich verpflichtet sei.¹¹⁾ Allerdings kann der Bruch einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft eine sittliche Pflicht¹²⁾, eine Naturalobligation zur Schadloshaltung des verlassenen Partners begründen. Dieser Pflicht fehlt es freilich an der rechtlichen Erzwingbarkeit in Gestalt eines klagbaren Anspruchs des verlassenen Teils. Praktische Bedeutung gewinnt sie daher erst durch die Vornahme eines Rechtsge-

9) vgl. NAST, Anm. D.P. 1935.II.41; RODIERE aaO. 73; VOIRIN, Anm. D.P. 1929.II.169; Cass.civ. vom 12.7.1955, D 1955,736.

10) So besonders deutlich schon VOIRIN, D.P.1929.II.169. Der Anspruch der Konkubine ruht zunächst, denn "le concubinage lui assure, aussi longtemps qu'il se prolonge, des avantages compensatoires: il fait fonction de réparation."

11) BGHZ 35,111

12) RG JW 1911,29; RGZ 98,179.

schäfts, durch das der Verpflichtete diese seine unvollkommene Verbindlichkeit entweder erfüllt oder noviert.¹³⁾

§ 6 - Die Verteilung der gemeinsam erworbenen Vermögenswerte.

Die Führung eines gemeinschaftlichen Haushalts, das gemeinsame "Wirtschaften" der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft schafft - namentlich bei einem über viele Jahre fortgesetzten Zusammenleben - wirtschaftliche Fakten, die bei einer Auflösung dieser Gemeinschaft in irgendeiner Weise auf die künftig selbständigen Haushalte der Beteiligten übergeleitet werden müssen.

Die Partner einer "wilden Ehe" betrachten, solange diese besteht, ihren Haushalt in aller Regel als wirtschaftliche Einheit und verhalten sich dementsprechend. Umso schwieriger wird die Frage, wem nach einer Beendigung der "Lebensgemeinschaft" die Vermögenswerte gehören sollen, die doch meist für beide Teile die Basis ihrer bisherigen wirtschaftlichen Existenz darstellten. Es würde zu erheblichen Härten führen, wenn man dies dem Zufall überließe, zumal sich die Frage unabhängig davon stellt, ob die "wilde Ehe" einseitig von einem Partner, im gegenseitigen Einverständnis, oder durch den Tod des einen Teils beendet wird, sodaß mit ihrer Regelung das Konkubinat durchaus nicht zur Quelle von besonderen Pflichten oder Schadensersatzansprüchen gemacht würde.

Die größte praktische Bedeutung hat die Frage der Zuordnung der im Zuge des gemeinsamen Wirtschaftens geschaffenen Werte im Hinblick auf die Gegenstände, die zum Hausrat des Paares gehört haben. Keine Schwierigkeiten ergeben sich bei den Sachen, die bereits beim Beginn der "wilden Ehe" vorhanden waren. Sie stehen nach wie vor im Eigentum desjenigen Partners, der sie in den gemeinschaftlichen Haushalt "eingebracht" hat. In aller Regel werden aber die Beteiligten während des Bestehens

13) Cass.civ. vom 29.5.1956, Rev.trim.dr.civ.1956, 708 m. Anm. DESBOIS.

ihrer eheähnlichen Gemeinschaft neue Gegenstände für den gemeinschaftlichen Haushalt (z.B. Möbel, Teppiche, einen Kühlschrank, Radio- oder Fernsehapparat) angeschafft haben. Kommt es zur Beendigung der "wilden Ehe", wird nur selten genau feststehen, in wessen Eigentum diese Gegenstände nun eigentlich stehen. Selbst wenn sich im Einzelfall hier und dort noch rekonstruieren läßt, wem die Sache vom Verkäufer übergeben wurde oder auf wessen Namen der Lieferschein oder die Rechnung ausgestellt worden ist - zu einer endgültigen und befriedigenden Lösung der Eigentumsfrage taugen diese formalen Kriterien nicht.

Erfahrungsgemäß pflegen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft ihre beiderseitigen Einkünfte "in einen Topf zu werfen"¹⁾ und daraus nicht nur ihren Lebensunterhalt, sondern auch die gelegentlichen größeren und kleineren Anschaffungen zu bestreiten. Dem muß bei der Verteilung der so angeschafften Gegenstände Rechnung getragen werden. Es kann doch wohl nicht allein darauf ankommen, wer schließlich mit dem gemeinsam ersparten Geld in den Laden gegangen ist, um sich den von vornherein zum gemeinsamen Gebrauch bestimmten Gegenstand übergeben zu lassen.²⁾ Dabei kann es auch, wenn man die Eigenart der gemeinschaftlichen Haushaltsführung in Betracht zieht, keinen grundlegenden Unterschied machen, ob ein Partner nun Bargeld zur Haushaltskasse beisteuert oder durch eigene Tätigkeit Aufwendungen, z.B. für eine Aufwartung, Wäsche, Essen im Restaurant o.ä. erspart, die sonst aus dieser Kasse bestritten werden müßten. Ein Vermögenszuwachs bildet sich ja nicht nur aus Einkünften, sondern ebenso aus ersparten Ausgaben.³⁾

Es würde naheliegen, die Überleitung der gemeinsam hinzuerworbenen Vermögensgegenstände auf die Beteiligten nach den Grundsätzen für die Abwicklung einer Gesell-

1) vgl. BVerfG NJW 1959, 284 = FamRZ 1959, 96.

2) so auch LG Berlin, Urt.v. 5.10.1951, JR 1952, 243.

3) ALEBRAND, FamRZ 1955, 349.

schaft (§§ 730 ff. BGB) durchzuführen. Das gemeinsame Wirtschaften der in einem eheähnlichen Verhältnis Verbundenen trägt in der Tat Züge einer Gesellschaft: Es werden von beiden Teilen Beiträge geleistet, sei es in Gestalt von Geldmitteln oder durch den Einsatz der eignen Arbeitskraft. Des ausdrücklichen Abschlusses eines förmlichen Gesellschaftsvertrages bedarf es nicht; das Verhalten der Partner würde sich in vielen Fällen zwanglos als stillschweigende Vereinbarung, die wirtschaftlichen Beziehungen im Verhältnis zueinander als Gesellschaft (Innengesellschaft) zu gestalten, deuten lassen. Bedenken ergeben sich jedoch daraus, daß der Zweck dieses Zusammenwirkens in der Verwirklichung und Förderung der außerehelichen Lebensgemeinschaft und der gemeinschaftlichen Haushaltsführung liegt und damit unmittelbar der Verwirklichung der von der Rechtsordnung nicht gebilligten "wilden Ehe" dient. Ein solches Gesellschaftsverhältnis wäre nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes⁴⁾ nichtig.

Das würde allerdings nicht ausschließen, nach Maßgabe der in der Lehre von der "faktischen Gesellschaft" entwickelten Grundsätze⁵⁾ nach Beendigung des Konkubinats wenigstens die Abwicklung als Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht vorzunehmen und insoweit eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen⁶⁾ eintreten zu lassen. Das OLG Hamburg (FamRZ 1958, 61 ff.) verkennt die Grundsätze der Lehre von der faktischen Gesellschaft, wenn es meint, bei dieser könne die Auseinandersetzung mangels gesellschaftsvertraglicher Basis nur nach Bereicherungsrecht erfolgen und die Frage, ob die Regeln der

4) Urteil vom 29.1.1960, FamRZ 1960, 129 = JZ 1960, 320.

5) Hierzu namentlich RGZ 165, 204; BGHZ 3, 285 = NJW 1952, 97; BGHZ 11, 190 = NJW 1954, 231; HUECK, AcP 149, 1 ff.; STAUDINGER-KESSLER, § 705 Anm. 115 ff.; SIMITIS, Die faktischen Vertragsverhältnisse (1957), 226 ff.; SOERGEL-SIEBERT, § 705 Anm. 57.

6) Zur Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen als rechtstechnischer Präzisierung der Berücksichtigung faktischer Gesellschaftsverhältnisse ERMAN, Anm. 4b zu § 705 BGB; derselbe, Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage (1947) 53, 68;

faktischen Gesellschaft auf die "wilde Ehe in Liquidation" anwendbar seien, könne daher auf sich beruhen. Die Lehre von der faktischen Gesellschaft ist ja gerade aus dem Bedürfnis entstanden, die Abwicklung eines durch tatsächliches Zusammenwirken nach Art einer Gesellschaft geschaffenen Vermögensstandes trotz Fehlens eines zugrundeliegenden wirksamen Gesellschaftsvertrages den Regeln des Gesellschaftsrechts zu unterstellen, da das Gesellschaftsrecht den beiderseitigen Interessen der zu einem gemeinsamen Zweck wirtschaftlich Verbundenen besser gerecht zu werden vermag, als das Konkuktionsrecht. Es muß aber bedacht werden, daß es sich bei der Rechtsfigur der faktischen Gesellschaft um eine Konstruktion handelt, die man aus Gründen der Billigkeit zugelassen hat, wenn „nur die rechtliche Anerkennung eines...tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisses dem übereinstimmenden Verhalten der Beteiligten vom Beginn ihrer gemeinsamen Tätigkeit in der Gesellschaft an gerecht wird.“⁷⁾ Es ist daher zu überlegen, ob es zur Erzielung einer sachgerechten Lösung der Anwendung von Gesellschaftsrecht wirklich bedarf. Bei der Verteilung der Hausratsgegenstände stellt sich die Frage, ob die Interessen der Beteiligten nicht auch bei einer Anwendung der Regeln über die **G e m e i n s c h a f t** (§§ 741 ff. BGB) hinreichend berücksichtigt werden können. Zwar entspricht die Wirtschaftsgemeinschaft der Partner einer "wilden Ehe" nicht ganz dem Typus der "communio incidens". Man muß sich jedoch vergegenwärtigen, daß eine Gemeinschaft zwar regelmäßig, aber keineswegs notwendigerweise ohne einen auf ihre Entstehung gerichteten Willen der Beteiligten zustande kommt. Überhaupt bestehen im Bereich des Tatsächlichen zwischen

HUECK, AcP 149, 1 ff.; HAUPT-REINHARDT, Gesellschaftsrecht (4. Aufl.) 70 ff.; LARENZ, Schuldrecht II (1956) 246; SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm. 57; STAUDINGER-KESSELER aaO. Anm. 116; kritisch hierzu SIMITIS aaO. 206 ff.

7) BGH NJW 1954, 231.

Gesellschaft und Gemeinschaft keine ganz scharfen Grenzen. Bei beiden Rechtsgebilden handelt es sich um Interessengemeinschaften, die sich lediglich durch die Intensität der Interessenverknüpfung unterscheiden.⁸⁾ Hierbei ist es namentlich die institutionelle Bezogenheit des Zusammenschlusses auf einen bestimmten Zweck und die stärkere Vinkulierung der diesem Zweck gewidmeten wirtschaftlichen Grundlage in Form des Gesellschaftsvermögens zur gesamten Hand, die die Gesellschaft von der Vermögensgemeinschaft nach Bruchteilen unterscheidet.

Die Zweckbezogenheit - bei der "wilden Ehe" durchaus gegeben - kann als Argument für eine Anwendung von Gesellschaftsrecht hier nicht in Betracht kommen, da der Zweck - die Verwirklichung der außerehelichen Lebensgemeinschaft - von der Rechtsordnung nicht geschützt werden kann. Das Gesamthandsprinzip aber dient in erster Linie dazu, ein Gesellschaftsvermögen in der Geschlossenheit zu erhalten, deren es im Hinblick auf seine Zweckbestimmtheit bedarf. Bei der Auflösung einer "wilden Ehe" soll den Beteiligten lediglich dabei geholfen werden, das gemeinsame Vermögen zu verteilen und in Frieden auseinanderzukommen. Die Konstruktion eines Gesamthandseigentums an dem gemeinsam angeschafften Hausrat empfiehlt sich umso weniger, als damit der numerus clausus der Gesamthandsgemeinschaften durchbrochen werden müßte. Zu bedenken ist schließlich, daß selbst bei der Ehe die Bildung von Gesamthandseigentum an den während ihres Bestehens angeschafften Hausratsgegenständen sehr umstritten ist,⁹⁾ obwohl deren Bindung an einen von der Rechtsordnung nicht nur anerkannten, sondern sogar besonders geschützten Zweck - die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft - die Vinkulierung als Gesamt-

8) so WÜRDINGER, Theorie der schlichten Interessengemeinschaft (1934), 14 ff.

9) dafür LG Göttingen, NJW 1955, 1359 und ALEBRAND, FamRZ 1955, 348. - a.A. und für Anwendung von Gemeinschaftsrecht MÜLLER-FREIENFELS, Festschrift f. Lehmann (1956) Bd.I, 409 ff. und JZ 1957, 693; THIELE, FamRZ 1958, 115.

handseigentum noch eher rechtfertigen könnte. Zudem verringern sich auch die Unterschiede zwischen Gesellschafts- und Gemeinschaftsrecht in der Phase der Auflösung und Abwicklung; auch bei der Gesellschaft finden gem. § 731 BGB ergänzend die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts Anwendung.

Steht fest, daß beide Teile Beiträge zur Führung des gemeinschaftlichen Haushalts geleistet haben, sind daher bei Beendigung der eheähnlichen Gemeinschaft die während des Zusammenlebens zum gemeinsamen Gebrauch angeschafften Sachen im Zweifel, d.h. sofern nicht im Einzelfall das Alleineigentum eines Partners an bestimmten Gegenständen mit Sicherheit feststeht, nach Maßgabe der §§ 752 ff. BGB zu verteilen. Auf diesem Standpunkt steht heute auch das französische Recht. Es macht die Anwendung des Gesellschaftsrechts von strengen Voraussetzungen abhängig,¹⁰⁾ die eine "union libre" in der Regel nicht erfüllt: "La cohabitation, même prolongée, de personnes non mariées est insuffisante pour prouver la constitution d'une société de fait entre les concubins..."¹¹⁾ Während ältere Entscheidungen schon bei gemeinsamer Anschaffung von Möbeln und Hausrat ein Gesellschaftsverhältnis annahmen¹²⁾, kann heute von einer Gesellschaft - auch einer société de fait - nur gesprochen werden, wenn in den Beziehungen der Konkubenten "les éléments essentiels de la société se trouvent réunies: ...l'intention de s'associer, les apports réciproques, la participation de chacun des associés aux bénéfices et aux pertes".¹³⁾

-
- 10) s. dazu HEMARD, Les sociétés de fait, Travaux Capitant XI, 153 f. und Anm. JCP 1946.II.3053.
- 11) Cour de Paris, Urt.v. 29.1.1953, D 1953, somm.64 = Gaz. Pal. 1953.I.312 sowie vom 12.2.1960, D 1960, 379.
- 12) z.B. Trib.civ. Etampes, Urt.v. 3.1.1933, Journ.soc. 1935,373 = Gaz.Pal.1933.I.683; hiergegen ausdrücklich Nancy, Entsch.v. 23.2.1949, JCP 1950.II.5798 m.Anm. BASTIAN.
- 13) Cass.civ. vom 30.4.1954, JCP 1954.II.8319; so auch bereits Cass.comm. 25.7.1949, JCP 1950.II.5798 m.Anm. BASTIAN, LAGARDE, Rev.trim.dr.civ. 1950, 48.

Diese affectio societatis wird man aber bei den Partnern einer union libre nicht schlechthin unterstellen dürfen.

Nach heutiger Auffassung führen die beiderseitigen Beiträge der Partner zum gemeinsamen Lebensunterhalt zur "indivision" an den im Rahmen des faux ménage beschafften Gegenständen. "De la cohabitation et de la communauté de vie des concubins résulte nécessairement un état de copropriété et d'indivision auquel il est indispensable de mettre fin par le partage lorsque les intéressés ont cessé de s'entendre."¹⁴⁾ Auch nach französischem Recht besteht also eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an den Gegenständen, die die Partner "à frais communs" erworben haben oder zu deren Anschaffung "ils ont tous deux fourni des fonds".¹⁵⁾

Nach Artikel 767 des Zivilgesetzbuchs von Venezuela wird kraft Gesetzes eine Gütergemeinschaft vermutet, wenn die Frau nachweist, daß sie mit ihrem Partner ständig in einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammengelebt hat und mit ihrer Arbeit zur Bildung oder Vermehrung des Mannesvermögens beigetragen hat. Diese Vermutung gilt auch, wenn die Gegenstände, die für die Gemeinschaft in Anspruch genommen werden, dem Anschein nach einem der Partner allein gehören. Die Vermutung gilt allerdings nur im Verhältnis der Konkubine zu ihrem Partner bzw. dessen Erben und wirkt nicht zugunsten der Partnerin eines ehebrevchenischen Konkubinats.

Die Annahme einer Gemeinschaft nach Bruchteilen an den im Rahmen des gemeinschaftlichen Haushalts angeschafften

14) Cour de Paris vom 29.1.1953, zit. nach JURISPRUDENCE FRANCAISE, Tables Quinquennales (1953-57), Stichwort "sociétés" Nr. 49; ebenso eine neuere Entscheidung dieses Gerichts vom 12.2.1960, D 1960, 379.

15) AUBRY und RAU, Droit Civil Francais, 6. Aufl. (1948), bearb. v. ESMEIN, Bd. VII, 352; ESMEIN, Rép. civ. aa0. Nr. 29; Trib. civ. Lons-le-Saunier, Urt. v. 19.12.1939, Gaz. Pal. 1940. I. 134; Paris, Urt. v. 6.12.1940, JCP 1941. II. 1688 m. Anm. AULAGNON; Paris, Urt. v. 20.12.1946, JCP 1947. II. 3799; Amiens, Urt. v. 29.11.1950, D 1951, 80.

Sachen stößt auch insofern nicht auf praktische Schwierigkeiten, als bei den Geschäften des täglichen Lebens der Wille des Verkäufers, bei dem der Gegenstand erworben wurde, regelmäßig dahin geht, das Eigentum an dem Kaufgegenstand demjenigen zu übertragen, den es angeht.¹⁶⁾ Auch wenn nicht beide Partner erkennbar als Käufer auftreten, sondern einer von ihnen das Geschäft abschließt, wird man bei Anschaffungen, die aus Mitteln des gemeinschaftlichen Haushalts bestritten werden und zum künftigen gemeinsamen Gebrauch der Partner bestimmt sind, davon ausgehen dürfen, daß er dabei zugleich als Vertreter des anderen Partners handelte und gemeinsames Eigentum an dem neuerworbenen Gegenstand begründen wollte, so daß mit der Übereignung Miteigentum der Konkubenten entstanden ist. Ein dahingehender Wille des Handelnden wird durch das zwar nicht jedermann, aber einem mit den Verhältnissen der Beteiligten Vertrauten¹⁷⁾ erkennbare Innenverhältnis der Partner indiziert¹⁸⁾, sofern nicht besondere Anhaltspunkte für ein Handeln ausschließlich im eigenen Namen vorliegen. Der Anteil der Partner an den gemeinsam erworbenen Vermögensgegenständen wird an Hand des Werts der Leistungen, die die Beteiligten während ihres Zusammenlebens für die gemeinschaftliche Lebensführung oder - sofern sich das bei bedeutenderen Objekten, etwa einem Kraftwagen, noch feststellen läßt - für die Beschaffung des in Rede stehenden Gegenstandes erbracht haben,¹⁹⁾ bestimmt.

Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt nach § 752 BGB grundsätzlich durch Naturalteilung, die jedoch bei der

16) vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. (1960), § 179 III 3 c; STAUDINGER-COING, 11. Aufl. (1957) Vorb. 44 ff. vor § 164 BGB; WESTERMANN, Sachenrecht, 3. Aufl., 204 ff.; v. LÜBTOW, ZHR 112, 239.

17) siehe RGZ 140, 230.

18) so für die insoweit vergleichbaren Anschaffungen für den ehelichen Haushalt THIELE, FamRZ 1958, 118.

19) so LG Berlin, JR 1952, 243 und die unter 15) Genannten.

Eigenart der in Betracht kommenden Gegenstände nur in seltenen Fällen möglich sein wird. Alsdann kommt § 753 BGB zur Anwendung, wonach die gemeinschaftlichen Gegenstände nach den Vorschriften über den Pfandverkauf zu verwerten und der Erlös an die Beteiligten nach Maßgabe ihrer Anteile auszuschütten ist.

Zu den Vorschriften über den Pfandverkauf, auf die § 753 verweist, gehört aber auch § 1246 BGB, der es gestattet, die Gegenstände auf eine von den Vorschriften der §§ 1235 - 1240 BGB abweichende Weise zu verwerten, wenn dies den Interessen der Beteiligten besser entspricht. Da bei einer öffentlichen Versteigerung regelmäßig nur ein Bruchteil des Wertes zu realisieren sein wird, den die Sachen für die Beteiligten haben, wird es meist zweckmäßiger sein, sie unter den Partnern zu versteigern. Die Gebote könnten dann weitgehend gegeneinander verrechnet werden, sodaß nur noch der verbleibende Spitzenbetrag durch eine Barabfindung ausgeglichen werden müßte. Kommt eine Einigung der Beteiligten über den Modus der Verwertung nicht zustande, kann gemäß §§ 1246 BGB, 166 FGG das Amtsgericht nach billigem Ermessen eine Regelung treffen.

§ 7 - Keine allgemeine Ausgleichungspflicht für während des Konkubinats erbrachte Leistungen.

Im übrigen findet eine nachträgliche Ausgleichung der Leistungen, die während der Dauer des Konkubinats im Interesse des gemeinschaftlichen Haushalts oder des anderen Partners erbracht wurden, nicht statt. Etwas anderes gilt lediglich, wenn es die Partner vertraglich besonders vereinbart haben. Dabei muß im Einzelfall untersucht werden, ob eine vertragliche Bindung wirklich vorliegt und gewollt war. Im Zweifel ist die Bindung zwischen den Konkubenten, wie es die Cour de Paris¹⁾ formuliert hat, lediglich "d'ordre sentimental et affectif". Es geht

1) Urteil vom 23.1.1953, zit. nach SIMONNET, Conditions S. 20.

nicht an, daß enttäuschte Partner aus einem rechtlich nicht geregelten, sehr komplexen Lebensverhältnis, wie es ein Konkubinat darstellt, nach dessen Beendigung einseitig ein System von Arbeits-, Miet- und Gesellschaftsverhältnissen machen.

Im allgemeinen muß davon ausgegangen werden, daß bei Leistungen für den gemeinschaftlichen Haushalt oder den anderen Partner eine Vergütung *n i c h t* erwartet wird. Der eheähnliche Charakter des Gemeinschaftsverhältnisses bedingt auch, daß diese Leistungen sich nach Willen und Vorstellung der Partner gegenseitig ausgleichen²⁾ und ihre "causa" außerhalb des Bereichs schuldrechtlicher Verpflichtungen in der gegenseitigen Liebe und Anhänglichkeit haben und in der Erwartung, ggf. auch beim anderen Teil Beistand und Hilfe zu finden. Ein Widerspruch zu der vorstehend erörterten Anerkennung einer Vermögensgemeinschaft nach Bruchteilen an den für den gemeinsamen Haushalt angeschafften Gegenständen kann darin nicht gefunden werden. Es wurde ja lediglich festgestellt, daß die Partner Miteigentum an den aus gemeinsamen Mitteln beschafften Sachen erworben haben, also ein de facto bereits bestehender Zustand rechtlich anerkannt. Hier aber steht in Frage, ob aus dem eheähnlichen Verhältnis Ansprüche auf eine erst noch zu bewirkende Leistung hergeleitet werden dürfen, was nach den eingangs erwähnten Grundsätzen nicht möglich ist.

So darf zum Beispiel der Partner, der den anderen während des Konkubinats in seine Wohnung aufgenommen hat, die Wohnung also in den gemeinschaftlichen Haushalt "einbrachte", sich nicht nach Beendigung der eheähnlichen Gemeinschaft auf ein "faktisches Mietverhältnis" berufen und ein Entgelt für die Mitbenutzung der Räume verlangen.³⁾ Insbesondere wird dadurch, daß die Partnerin in der "wilden Ehe" den Haushalt führt, im Zuge des gemeinsamen Wirtschaftens also die sonst für die Hausfrau

2) so das BAG, Urt.v. 23.4.1959, FamRZ 1959, 500.

3) LG Wiesbaden, FamRZ 1960, 153.

oder Haushälterin typischen Aufgaben erfüllt, k e i n Arbeitsverhältnis begründet.⁴⁾ Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird, leistet die Konkubine mit der Führung und Besorgung des Haushalts ihren Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt, während ihr Partner die Geldmittel für die Kosten der Lebenshaltung des Paares aufbringt.⁵⁾

Die österreichischen Gerichte lehnen seit etwa 30 Jahren in ständiger Rechtsprechung einen allein auf die häusliche Wirtschaftsführung gestützten Lohnanspruch der enttäuschten "Lebensgefährtin" ab.⁶⁾ Mit Recht hat der österreichische OGH darauf hingewiesen, daß die Lebensgefährtin eine Entschädigung für die geleisteten Dienste darin finde, daß sie in den Haushalt des Partners aufgenommen werde und dort Verpflegung und Bekleidung erhalte, also den Unterhalt wie eine Ehefrau genieße.⁷⁾ Schließlich gehe es nicht an, meint der OGH, die "Lebensgefährtin" rechtlich besser zu stellen als die Gattin, der ein Anspruch auf eine besondere Vergütung für die im Haushalt geleisteten Dienste nicht zustehe.

Eine Ausnahme läßt die österreichische Rechtsprechung - abgesehen vom Fall der besonderen Vereinbarung eines Entgelts - nur zu, wenn nach den gesamten Umständen unzweideutig anzunehmen ist, daß die Dienste nur im Hinblick auf eine in Aussicht gestellte Eheschließung oder dauernde Versorgung unentgeltlich geleistet

4) LG Wiesbaden, FamRZ 1960, 154.

5) so BAG FamRZ 1959, 500; LAG Frankfurt, Urt.v. 7.2. 1962 (2 Sa 413/61).

6) Nachdem ältere Entscheidungen im Hinblick auf die frühere Fassung des § 1152 ABGB - danach konnte für jede Dienstleistung ein angemessener Lohn verlangt werden - zunächst einen Vergütungsanspruch bejahen, sofern nicht ausdrücklich Unentgeltlichkeit vereinbart oder auf Entlohnung konkludent verzichtet worden war, verneinte der OGH erstmals am 30.7.1930 (SZ XIII, 209) einen Anspruch der Konkubine auf Entlohnung ihrer Tätigkeit im Haushalt.

Daran hat er seither in ständiger Praxis festgehalten (vgl. die Entscheidungen vom 17.8.1934, ZBl. 1935 Nr.11; vom 18.9.1934, ZBl. 1935 Nr.10; vom 7.11.

und entgegengenommen wurden (OGH SZ XVII, 377). Das Gleiche gilt, wenn eine mit Rücksicht auf die Dienstleistungen der Partnerin zu deren Gunsten errichtete letztwillige Verfügung, die sie als "Gegenleistung" auffassen durfte, widerrufen wird.⁸⁾

Eine Vergütung für ihre im Haushalt geleistete Arbeit kann die Konkubine auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Zwar erlangt der Partner durch die Haushaltsführung der Konkubine einen Vermögensvorteil, für den es an einem gültigen rechtlichen Grunde fehlt. Während die Arbeit einer Ehefrau im Haushalt ihre "causa" in den Bestimmungen der §§ 1356, 1360 BGB findet, ist ein Rechtsgrund für vergleichbare Leistungen, die in einem eheähnlichen Verhältnis erbracht werden, nicht ersichtlich. Man könnte allenfalls mit dem LG Wiesbaden (FamRZ 1960, 154) die causa für die häusliche Tätigkeit der Partnerin in einem "gesellschaftsähnlichen Verhältnis" der Beteiligten finden, in dessen Rahmen die Konkubine ihre Arbeitskraft unentgeltlich einzusetzen hätte. Daß das gemeinsame Wirtschaften der zu häuslicher Gemeinschaft verbundenen Konkubanten gesellschaftsähnliche Züge trägt, wurde bereits betont; ein Gesellschaftsverhältnis, das unmittelbar die Verwirklichung des von der Rechtsordnung nicht gebilligten außerehelichen Zusammenlebens zum Gegenstande hat, wird jedoch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁹⁾ als nichtig angesehen und müßte - folgt man dieser Ansicht - als mögliche causa für Leistungen der Konkubine entfallen.

1937, SZ XIX, 302; vom 7.9.1949, SZ XXII, 122; vom 26.5.1954, SZ XXVII, 156 = ÖJZ 1954, EvBl. Nr.372) und diese Rechtsprechung auch in neuerer Zeit (Urt. vom 7.11.1961, ÖJZ 1962, EvBl. Nr.63, ausdrücklich bestätigt.

7) OGH, Urteil vom 5.7.1932, GH 1932, 190.

8) so der OGH, Entsch.v. 25.10.1955, ÖJB1.1956, 158 = FamRZ 1956, 189.

9) Urt.v. 29.1.1960, FamRZ 1960, 129.

Aber auch wenn man davon ausgeht, daß die Leistungen sine causa erbracht wurden, muß ein Bereicherungsanspruch der Konkubine, wie der BGH in neuerer Zeit ausdrücklich betont hat,¹⁰⁾ an § 817 Abs.2 BGB scheitern, da dann folgerichtig die zur Ermöglichung und Verwirklichung des Konkubinats erbrachten Leistungen einem von der Rechtsordnung nicht gebilligten Zweck dienen, sodaß beide Partner - sowohl der Leistende als auch der Annehmende - nach Ansicht des BGH gegen die guten Sitten verstoßen. Die enttäuschte Partnerin kann Ersatz ihrer "Aufwendungen" auch nicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 670 BGB) verlangen. Sie hat ja, wie der Bundesgerichtshof (FamRZ 1960, 129) hervorhebt, die Tätigkeit im Haushalt nicht übernommen, o h n e von ihrem Partner beauftragt oder sonst ihm gegenüber dazu berechtigt zu sein (§ 677 BGB), sondern wurde vielmehr gerade mit seinem Einverständnis tätig.

§ 8 - Leistungen, für die nach den Umständen ein Entgelt als stillschweigend vereinbart gelten muß.

Von praktischer Bedeutung ist hier vor allem der Einsatz der Arbeitskraft des einen Teils im Beruf oder Gewerbe des anderen oder im Interesse eines gemeinsam betriebenen Unternehmens. Betreiben die Partner das Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft, an der beide beteiligt sind, oder tritt der Mitarbeitende ausdrücklich (z.B. durch Anmeldung zur Sozialversicherung oder Erklärung gegenüber der Steuerbehörde) als Angestellter in Erscheinung, bieten sich keine besonderen Probleme. Da aber die Partner eheähnlicher Verhältnisse die Mitarbeit des einen Teils im Geschäft des anderen oder die Einbringung von Geld und Sachwerten in ein solches Unternehmen erfahrungsgemäß nur selten ausdrücklich zum Gegenstand eines Dienst- oder Gesell-

10) BGH FamRZ 1960, 129.

schaftsvertrages machen, stellt sich hier jeweils die schwierige Frage nach der rechtlichen Qualifizierung dieser Leistungen. Kann man annehmen, daß solche Leistungen lediglich im Hinblick auf das zwischen den Beteiligten bestehende eheähnliche Verhältnis erbracht wurden und nach den Vorstellungen der Beteiligten durch die Aufwendungen des anderen Teils für den gemeinschaftlichen Lebensunterhalt ausgeglichen werden, sodaß sich die beiderseitigen Leistungen "die Waage halten" und es einer darüber hinausgehenden Beteiligung am Erfolg der gemeinsamen Tätigkeit nicht bedarf, oder erheischen die erbrachten Leistungen einen besonderen Ausgleich in Gestalt eines Entgelts oder einer gesellschaftlichen Beteiligung ?

Man wird hierbei auf die gesamten Umstände, insbesondere auf Art und Umfang der Tätigkeit, auf die Kenntnisse und Fähigkeiten des Mitarbeitenden und den Lebenszuschnitt der Partner abstellen müssen. Maßgebend ist zunächst die Vorschrift des § 612 BGB, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, "wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist." Nimmt die Mitarbeit die gesamte Arbeitskraft des Partners wie eine hauptberufliche Tätigkeit voll in Anspruch oder arbeitet eine Konkubine, die ihrem Partner schon den Haushalt führt, überdies noch regelmäßig in seinem Geschäft mit, wird man dies nur gegen eine Vergütung oder eine angemessene gesellschaftliche Beteiligung am Arbeitsergebnis erwarten dürfen. Schließlich müßte man ja auch einem an Stelle des Partners beschäftigten Angestellten mehr zahlen, als dem Wert von freier Unterkunft, Verpflegung und Kleidung entspricht. Ein Vergleich mit der Rechtsstellung des mitarbeitenden Ehegatten, der wegen der ähnlichen Sach- und Interessenlage durchaus angebracht erscheint, kann dieses Ergebnis nur bestätigen: Daß ein Ehegatte zur Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des anderen im Rahmen des Üblichen kraft Gesetzes verpflichtet ist (§ 1356 Abs.2 BGB) bedeutet ja ebenfalls nicht, daß diese Mitarbeit stets unentgeltlich geleistet wer-

den müßte. Schon im Jahre 1932 wandte sich SCANZONI¹⁾ dagegen, den Ehegatten zum "unbezahlten Dienstboten" zu machen. Für eine den Rahmen des nach den Verhältnissen der Ehegatten Üblichen und damit den des § 1356 Abs.2 BGB übersteigende Mitarbeit hat aber bereits das RAG²⁾ ausgesprochen, daß nicht der Mitarbeitende die Entgeltlichkeit, sondern der Gegner die vereinbarte Unentgeltlichkeit beweisen müsse. Dem folgend hat im Jahre 1952 der BGH festgestellt, die allgemeine Annahme, auch diese Mitarbeit solle nach dem Willen der Ehegatten in der Regel unentgeltlich erfolgen, lasse sich nicht mehr halten (BGHZ 8, 252).

In neuerer Zeit setzt sich die Auffassung durch, daß auch die Mitarbeit im Rahmen des § 1356 Abs.2 BGB nicht von vornherein unentgeltlich erfolgt; Unentgeltlichkeit kann vielmehr nur noch bei unbedeutenden Hilfsleistungen angenommen werden.³⁾ Ist aber eine Mitarbeit bedeutenderen Umfangs selbst unter Ehegatten nur gegen eine Vergütung oder Erfolgsbeteiligung zu erwarten, so kann ein unentgeltlicher Einsatz der Arbeitskraft um so weniger von den Partnern eines Konkubinats erwartet werden. Dem Ehegatten gewährleistet sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht und sein Anspruch auf einen Ausgleich des Zugewinns im Falle einer Beendigung der Ehe wenigstens eine gewisse Teilhabe an den zunächst nur in das Vermögen des einen Teils gefallen Früchten der gemeinsamen Arbeit, während es bei den Konkubinenten - abgesehen von der Verteilung gemeinsam erworbenen Hausrats - einen Ausgleich des "Zugewinns" nicht gibt. Diesen Gedanken entspricht es, daß die Rechtsprechung einen Vergütungsanspruch der Konkubine auch dann aner-

1) JW 1932, 1349.

2) RAG DR 1940, 1598.

3) so GERNHUBER, FamRZ 1958, 248; LEHMANN, Die Steuerberatung 1958, 41 ff.; SCHEFFLER im Reichsgerichtsrätekommentar, 10/11. Aufl.(1960) § 1356 Anm. 19 f. SOERGEL- SIEBERT- VOGEL, Anm. 26 - 28 zu § 1356 BGB; WÄGENBAUR, FamRZ 1958, 398.
a.A. PALANDT-LAUTERBACH, 21. Aufl. (1962) § 1356 A 3.

kennt, wenn die Mitarbeit im Geschäft des Partners nach den Vorstellungen beider Teile nur im Hinblick auf eine in Aussicht genommene baldige Eheschließung unentgeltlich erfolgte und es dann aber nicht zu der beabsichtigten Eheschließung kam.⁴⁾ Bedenken gegen die Wirksamkeit eines stillschweigend vereinbarten Arbeits- oder Gesellschaftsvertrages im Hinblick auf die Vorschrift des § 138 BGB wurden immer wieder aus dem engen tatsächlichen Zusammenhang zwischen der Mitarbeit in Beruf oder Geschäft und den von der Rechtsordnung nicht gebilligten intimen außerehelichen Beziehungen der Beteiligten hergeleitet. Noch im Jahre 1931 hatte das Reichsarbeitsgericht den Lohnanspruch einer Konkubine, die ihrem Partner zwei Jahre lang Dienste im Hause geleistet und die Untermieter versorgt hatte, mit der Begründung verneint, die Übernahme der Dienste habe zugleich der Herbeiführung des unsittlichen Gemeinschaftsverhältnisses der Beteiligten dienen sollen.⁵⁾ Diesen Standpunkt hat das Gericht schon vier Jahre später durch die Feststellung eingeschränkt, daß ein Dienstverhältnis nicht deshalb unsittlich sei, weil neben dem Dienstverhältnis unsittliche Beziehungen der Partner bestünden, auch wenn feststehen sollte, daß das Dienstverhältnis ohne die unsittlichen geschlechtlichen Beziehungen nicht begründet worden wäre.⁶⁾

Wesentlich ist für das RAG gewesen, daß nicht die geschlechtlichen Beziehungen der Beteiligten den eigentlichen Grund für die Gewährung des Entgelts darstellten, sondern daß vielmehr auch wirklich eine der

4) so das RAG, Urt.v. 6.5.1939, ARS 36,277; Österr.OGH Urt.v. 30.7.1930, SZ XIII, 209; vom 18.11.1934, ZBl. 1935 Nr.10; vom 26.5.1954, SZ XXVII, Nr.156; ebenso DENECKE, RGRK, 11.Aufl. (1959), Anm.2 zu § 611. Auch BGH FamRZ 1958,15 steht dieser Ansicht nicht entgegen, sondern lehnt es lediglich ab, schon aus der Absicht einer künftigen Eheschließung allein auf ein Gesellschaftsverhältnis zu schließen.

5) RAG, Urt.v. 17.6.1931, WarnRspr. 31,137.

6) RAG, Urt.v. 23.11.1935, Amtl.Sammlg. 16,22 = ARS 25, 190 = JW 1936, 1246; RAG, Urt.v. 6.5.1939, ARS 26, 277.

gewährten Vergütung entsprechende Arbeitsleistung erbracht worden ist. Nichts anderes kann für die Innengesellschaft unter Partnern der "wilden Ehe" gelten. Wo sie nur Mantel für die Gewährung eines "pretium stupri", für die Einräumung materieller Vorteile als Gegenleistung für die Aufnahme oder Fortsetzung außerehelicher geschlechtlicher Beziehungen ist,⁷⁾ wäre sie nach § 138 BGB nichtig. Sie kann aber unbedenklich angenommen werden, wo es die wirtschaftlichen Ergebnisse einer Zusammenarbeit auf beruflichem oder gewerblichem Gebiet, die über das Maß der üblichen gegenseitigen Hilfe hinausgeht, zu verteilen gilt. In den hier interessierenden Fällen steht somit § 138 BGB der Annahme eines Gesellschafts- oder Arbeitsverhältnisses nicht im Wege.

Als nächstes Problem stellt sich die Frage, wann Hilfsleistungen bedeutenderen Umfangs nach den Vorschriften für Arbeitsverhältnisse und wann sie nach den Normen des Gesellschaftsrechts beurteilt werden sollen. Eine allgemeine Regel läßt sich nicht aufstellen. Maßgebend sind namentlich Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeit. Zunächst wird der eheähnliche Charakter der zwischen den Beteiligten bestehenden Beziehungen der Annahme eines Arbeitsverhältnisses als eines durch das Element der Über- und Unterordnung gekennzeichneten Verhältnisses entgegenstehen.⁸⁾ Nicht nur unter Ehegatten, sondern auch unter Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft erscheint die Gewährung eines - vom Erfolg oder Mißerfolg der gemeinsamen Arbeit völlig unabhängigen - Anspruchs auf Lohn oder Gehalt unnatürlich.⁹⁾

7) Näher hierzu HÉMARD, JCP 1946.II.3053; SAVATIER, D 1924.II.9.

8) Entsprechend für Ehegatten: BFH NJW 1958,359.

9) Die Interessen der Beteiligten und ihr tatsächliches Verhalten entsprechen in dieser Hinsicht durchaus denjenigen von Eheleuten; vgl. daher auch KRÜGER-BREETZKE-NOWACK, Gleichberechtigungsgesetz (1958), § 1356 BGB Randnote 24.

Es entspricht der allgemeinen Erfahrung, daß die Konkubenten ebenso wie Ehegatten¹⁰⁾ während ihrer gemeinsamen Lebensführung ihren Verhältnissen entsprechend an den Ergebnissen ihrer Arbeit gemeinsam teilhaben. Die Ähnlichkeit der Interessenlage mit derjenigen des mitarbeitenden Ehegatten würde für eine entsprechende Anwendung der für die Ehegatten-Innengesellschaft entwickelten Grundsätze¹¹⁾ sprechen. Dem steht auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 3.10.1957 (abgedruckt in FamRZ 1958, 15) nicht entgegen. Dort ist lediglich ausgesprochen, daß die Tatsache der Verlobung der Parteien a l l e i n nicht zur Annahme einer Beteiligung der mitarbeitenden Verlobten am Geschäft führe. Der BGH sagt ausdrücklich, es werde zu prüfen sein, ob die Parteien ein Arbeitsverhältnis - möglicherweise als partiarisches Verhältnis - oder ein Gesellschaftsverhältnis stillschweigend vereinbart hätten.

Bringt der Partner etwa ein Grundstück, Geschäftsräume, ein Kraftfahrzeug oder Barkapital in das Geschäft ein, so wird das ebenso für die Annahme einer Innengesellschaft sprechen, wie die Ausübung einer selbständigen, mit eigener Verantwortlichkeit ausgestatteten Tätigkeit. Umgekehrt ist die Mitarbeit der Konkubine als Schreibkraft im Anwaltsbüro, als Sprechstundenhilfe in der Arztpraxis oder als Zeichnerin im Architektur- oder Konstruktionsbüro des Partners ihrer Eigenart nach fremdbestimmt und abhängig. Sie kann daher rechtlich nur in den Kategorien des Arbeitsverhältnisses richtig eingeordnet werden. Dabei ist die Anmeldung des mitarbeitenden Partners als Arbeitnehmer bei der Sozialversicherung und die Entrichtung von Lohnsteuer zwar ein bedeutsames Indiz, keineswegs aber eine *condicio sine qua non* für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.

10) vgl. BGHZ 8, 253.

11) Zum Fragenkreis der Ehegatten-Innengesellschaft: GERNHUBER, FamRZ 1959, 472; MÜLLER-FREIENFELS, Die Gesellschaft zwischen Ehegatten, in Festschrift für MARIDAKIS (1963); SCHÖNLE, ZHR 121 (1958), 161 ff. WÄGENBAUR, FamRZ 1958, 399.

Die Nichtbeachtung der sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften hat auf die zivilrechtlichen Beziehungen der Beteiligten keinen Einfluß.

Bei der Bemessung des Arbeitsentgelts wird freilich, wenn der "Arbeitgeber-Partner" die Kosten des gemeinschaftlichen Haushalts getragen hat, von der für die jeweilige Tätigkeit angemessenen und üblichen Vergütung ein Betrag abzuziehen sein, der den anteiligen Kosten des gemeinsamen Lebensunterhalts entspricht. Hierbei müßte auch berücksichtigt werden, ob die Partnerin neben ihrer Mitarbeit im Geschäft noch durch Führung des Haushalts zum gemeinsamen Unterhalt beigetragen hat. Trägt hingegen die gemeinsame Tätigkeit im Geschäft die Züge einer Gesellschaft, muß, wenn das Zusammenleben und -wirken der Beteiligten durch ein Zerwürfnis oder durch den Tod eines Partners beendet wird, das wirtschaftliche Ergebnis dieser Zusammenarbeit nach den Regeln über die Abwicklung einer Gesellschaft (§ 731 ff. BGB) auf die Partner bzw. deren Erben verteilt werden. Mit dem Gesellschaftsverhältnis zwischen den Partnern eines eheähnlichen Verhältnisses hat sich namentlich die Rechtsprechung und Lehre in Frankreich eingehend befaßt.¹²⁾

Dabei fällt auf, daß man in früheren Jahren mehr als heute dazu neigte, die gemeinsame gewerbliche Tätigkeit von Konkubenten als faktische Gesellschaft zu behandeln. Das konnte man umso leichter, als bei der union

12) AUBRY-RAU-ESMEIN aaO. § 491; ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.25 ff. zu "union libre", Nr.134 ff. zu "société civile"; RODIERE, Le ménage de fait devant la loi Française, Travaux Capitant Bd. XI, 35 ff.; LAGARDE, Rev.trim.dr.civ. 1950,47; AULAGNON, JCP 1941.II.1688; HEMARD, JCP 1946.II.3053; NAUROIIS, Les sociétés entre concubins, Rev.crit. 1937,657; CARRAUD, De la liquidation des biens à la cessation du concubinage (1936); SIMONNET, Conditions 27 ff.

für das belgische Recht: PIRET, Le ménage de fait en droit civil Belge, Travaux Capitant Bd.XI, 76 ff.; VAN RYN- VAN OMESLAGHE, Les sociétés commerciales, Rev.crit.jur.Belge 1962, 359 ff. (360).

libre - im Gegensatz zur Ehe - der Anwendung der Regeln über die Gesellschaft kein gesetzliches "régime des biens" im Wege steht, das den Anspruch erheben könnte, die Vermögensbeziehungen der Partner umfassend und exklusiv zu regeln.¹³⁾ So sah man zunächst schon in der bloßen Tatsache der Mitarbeit im Geschäft¹⁴⁾, in der Einbringung von Sachen¹⁵⁾ oder in der gemeinschaftlichen Führung der Geschäfte¹⁶⁾ einen hinreichenden Anhaltspunkt für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses. Die heutige Praxis dagegen tendiert zu einer strengeren Prüfung der Voraussetzungen, die Artikel 1832 ff. C.c. für ein Gesellschaftsverhältnis fordern und die bereits (S. 49) kurz skizziert wurden: Notwendig ist zunächst der Wille zu einer Zusammenarbeit auf der Basis der Gleichrangigkeit, die "intention de s'associer" oder "affectio societatis". Erforderlich sind weiter Beiträge in Form persönlicher Mitarbeit oder durch Einbringung von Sachwerten und schließlich der übereinstimmende Wille, an Gewinn und Verlust des gemeinsamen Unternehmens teilzuhaben.¹⁷⁾ Das Bestehen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft allein kann die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses weder begründen¹⁸⁾, noch steht es ihr entgegen.

13) Zur Beteiligung des mitarbeitenden Ehegatten am Erfolg der gemeinsamen Tätigkeit im französischen Recht, insbesondere auch im Hinblick auf güterrechtliche Vorschriften MÜLLER-FREIENFELS, Gesellschaft zwischen Ehegatten aaO.

14) Trib.civ. Vitré vom 17.12.1941, D 1942, somm.12 (Gesellschaft zw. Landwirt und seiner Konkubine, die auf dem Hof die üblicherweise der Bäuerin obliegenden Arbeiten verrichtete). Vgl. auch Trib.civ. AIX, Urt.v. 28.12.1933, D.P. 1935.II.41 m.Anm. NAST.

15) Trib.civ. Seine, Urt.v. 26.4.1934, Gaz.Pal.1934.II.81.

16) Trib.civ. Caen, Urt.v. 30.4.1926, S 1927.I.50; Cass. Req. v. 14.3.1927, D.H. 1927, 223.

17) Cass.comm. vom 25.7.1949, Rec.Gaz.Pal. 1949.II.81 = JCP 1950.II.5798 m.Anm. BASTIAN; Cour de Paris, Urt.v. 29.1.1953, D 1953, somm.64 = Rec.Gaz.Pal. 1953.I.312; Cass.comm. vom 3.11.1953, JCP 1954.II.8230 = D 1953, 731; Cass.civ. vom 30.4.1954, JCP 1954.II.8319.

Die persönlichen Beziehungen der Beteiligten sind für den französischen Juristen in diesem Zusammenhang nicht mehr als eine "histoire d'alcôve, dont le juge des intérêts commerciaux ou professionnels n'a pas à tenir compte."¹⁹⁾

Großzügiger verfährt die Rechtsprechung hinsichtlich der Beweisregeln: Anstelle des zum Nachweis eines Gesellschaftsverhältnisses sonst obligatorischen "preuve par écrit" läßt sie bei der faktischen Gesellschaft zwischen Partnern einer "union libre" die allgemein zulässigen Beweismittel genügen.²⁰⁾ Auf die affectio societatis darf der Richter aus den Umständen schließen, unter denen die Mitarbeit erfolgte. So haben französische Gerichte ein Gesellschaftsverhältnis angenommen beim gemeinsamen Betrieb eines Hotels und eines Cafés, das der Partner teilweise mit Mitteln der Konkubine erworben hatte (Cass.comm. vom 17.11.1952, JCP 1953.II.7884), bei einem Fuhrunternehmen, das ein Kraftfahrer mit einem seiner Konkubine gehörenden Lastkraftwagen auf deren Grundstück betrieb (Trib.civ. Nancy, Urt.v. 15.11.1956, D 1957, 26 = S 1957,67) und in einem Fall, wo beide Partner das Friseurhandwerk ausübten und in einem von ihnen gemeinsam betriebenen Frisiersalon arbeiteten (Cass.civ. vom 20.5.1957, JCP 1957.IV.99).

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß es einen Grundsatz, wonach der Einsatz von Kapital oder Arbeitskraft in Beruf oder Geschäft des Partners eines eheähnlichen Verhältnisses unentgeltlich erfolgt, nicht gibt.

18) so auch das belgische Recht, vgl. VAN RYN - VAN OMESLAGHE aaO.; DEKKERS, Rev.crit.jur.Belge 1948, 106 ff.

19) LAGARDE, Rev.trim.dr.civ. 1950, 48.

20) Cass.civ. vom 1.12.1952, JCP 1953.IV.10; a.A. noch AUBRY-RAU-ESMEIN aaO. § 491; Cour de Paris, Urt.v. 13.6.1872, D.P. 1873.II.169; Bordeaux, 9.11.1927, D.H. 1928.II.109.

Eine Gegenleistung kann nur insoweit nicht verlangt werden, als die Mitarbeit objektiv oder nach den übereinstimmenden Vorstellungen der Partner als Äquivalent für die Gewährung des Unterhalts im gemeinschaftlichen Haushalt anzusehen ist. Wer aber darüber hinausgehende Leistungen erbringt, sollte an ihrem wirtschaftlichen Ergebnis teilhaben - sei es in Form eines Arbeitsentgelts oder in Form einer gesellschaftlichen Beteiligung (Innengesellschaft). Wenn der mitarbeitende Partner während des Bestehens der eheähnlichen Gemeinschaft Auszahlung eines Arbeitsentgelts bzw. förmliche Feststellung seiner gesellschaftlichen Beteiligung nicht verlangt, bedeutet dies nicht, daß die Leistungen dem anderen Partner "geschenkt" sein sollen. Der mitarbeitende Partner geht vielmehr naturgemäß davon aus, daß der Betrieb bzw. das Geschäft oder die Praxis auch künftig Grundlage der gemeinsamen - also auch seiner eigenen - wirtschaftlichen Existenz sein werde. Daß er aus diesem Grunde ihm gebührende Werte dort "stehen läßt", schließt nicht aus, nach Beendigung der "wilden Ehe" den Anspruch auf das Arbeitsentgelt oder Auseinandersetzungsguthaben geltend zu machen.

Ist nach Art und Umfang der Mitarbeit eine Innengesellschaft anzunehmen, so bestimmen sich bei deren Abwicklung die Anteile der Partner nach dem Wert der von ihnen geleisteten Beiträge. Maßgebend ist also, wer die Arbeit geleistet und die Mittel für die erforderlichen Investitionen aufgebracht hat; wessen Name nach außen in der Firma erscheint, ist für das Innenverhältnis ohne Belang. Völlig unerheblich ist schließlich, ob die Beendigung der "wilden Ehe" und damit auch des gemeinsamen Arbeitens und Wirtschaftens durch das Verhalten eines Partners verursacht worden ist. Grundlage des hier erörterten Anspruchs ist ja nicht die eheähnliche Gemeinschaft, sondern das neben ihr bestehende Gesellschafts-

21) So Trib.civ. Rennes, Urt.v. 22.5.1950, Rec.Gaz.Pal. 1950.II.87; Cass.comm. vom 17.11.1952, JCP 1953.II, 7884; ESMEIN aaO. Nr.28.

verhältnis oder Arbeitsverhältnis. Der Anspruch wird also nicht "verwirkt", wenn der Mitarbeitende die Auflösung der "Lebensgemeinschaft" verursacht hat. Seine frühere²²⁾ gegenteilige Ansicht hat auch der österreichische OGH inzwischen ausdrücklich aufgegeben.²³⁾

§ 9 - Schenkungen und letztwillige Verfügungen unter Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft.

Es wird dem Willen der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft regelmäßig widersprechen, daß ihre Verbindung, die in ihren gesamten Lebensverhältnissen eine so zentrale Rolle und Bedeutung innehat, nach dem Tode eines von ihnen ohne jede Relevanz und Nachwirkung sein soll. Das gesetzliche Erbrecht berücksichtigt aber Personen, mit denen der Erblasser in eheähnlicher Gemeinschaft gelebt hat, nicht. Es ist daher verständlich und einleuchtend, wenn die Konkubenten diesen Rechtszustand zu korrigieren trachten und einander durch Rechtsgeschäft zuwenden, was ihnen das Gesetz versagt. So ist es die Regel, daß der Partner, der an allen Mühen, Erfolgen und Fehlschlägen des gemeinsamen Lebens teilhatte, schließlich im Wege einer letztwilligen Verfügung bedacht und damit - soweit möglich - seine Zukunft gesichert wird.

Solche Verfügungen liegen naturgemäß nicht im Interesse der "legitimen" Verwandten des Erblassers; gelingt es ihnen, die Verfügung in ihrer Wirksamkeit in Frage zu stellen, fallen die vom Erblasser dem Partner zugedachten Vermögenswerte ihnen als den gesetzlichen Erben zu. Nun wäre es verfehlt, sich bei der Erörterung dieses Interessenkonflikts auf die Fälle der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses zu beschränken, wenn es andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten gibt, die zum nämlichen wirtschaftlichen Ergebnis führen. Aus diesem Grunde

22) Österr.OGH, Entsch.v. 18.9.1934, ZBl. 1935 Nr.10 und vom 7.9.1949, SZ XXII, 122.

23) OGH, Entsch.v. 7.11.1961, ÖJZ 1962, EvBl. Nr. 63.

werden die Schenkung und die unentgeltliche Zuwendung des Bezugsrechts aus einer Lebensversicherung an den Partner eines eheähnlichen Verhältnisses in diese Erörterung mit einbezogen.¹⁾ Das Fehlen von Rechtsnormen für die Vermögensbeziehungen der Konkubenten wird - solange eine "wilde Ehe" besteht - durch das Einvernehmen der Beteiligten überdeckt. Zutage tritt es aber um so deutlicher, wenn ein Partner stirbt und der Überlebende den Kampf mit den gesetzlichen Erben um die hinterlassenen Vermögenswerte aufnehmen muß.

Die Zuwendung durch Rechtsgeschäft (Schenkungen oder Verfügungen von Todes wegen) läßt das eheähnliche Verhältnis als eigentliche Grundlage der beabsichtigten Vermögensverschiebung zurücktreten und ermöglicht dem begünstigten Teil, den ihm zugedachten Vorteil gegenüber den gesetzlichen Erben mit Hilfe der Rechtsordnung durchzusetzen oder zu wahren. An solchen rechtsgeschäftlichen Zuwendungen ist der Konkubent nicht gehindert. Jeder ist grundsätzlich frei, über sein Vermögen nach Belieben zu verfügen. Bei Verfügungen von Todes wegen findet diese Freiheit ihre Grenze lediglich in dem Pflichtteilsanspruch der nächsten Verwandten. Allerdings versagt die Rechtsordnung solchen Verfügungen ihre Anerkennung auch, wo mit ihnen ein sittenwidriger, von ihr mißbilligter Zweck verfolgt wird oder das Rechtsgeschäft selbst seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstößt. Darauf berufen sich immer wieder die enttäuschten gesetzlichen Erben. Sie machen geltend, die Verfügung zugunsten des Konkubenten bzw. der Konkubine sei im Hinblick auf das von der Rechtsordnung nicht gebilligte Konkubinat erfolgt und daher gem. § 138 BGB nichtig. Das ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Der Interessenkonflikt zwischen der Konkubine des Erblassers und seinen gesetzlichen Erben hat wiederholt die Gerichte beschäftigt. An ihm vornehmlich hat die deutsche Rechtsprechung

1) So verfährt auch GERNHUBER, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 326 ff. (328).

ihre Stellung gegenüber der eheähnlichen Gemeinschaft entwickelt. Nach ständiger Rechtsprechung verstößt jede Zuwendung (durch Schenkung oder Verfügung von Todes wegen) gegen die guten Sitten, wenn sie zu dem Zweck erfolgt, die begünstigte Partei - in aller Regel die Frau - zur Aufnahme oder zur Fortsetzung außerehelicher geschlechtlicher Beziehungen zu bestimmen oder für die Gestattung außerehelichen Geschlechtsverkehrs in der Vergangenheit zu belohnen.²⁾ Das Zusammenleben in einem Konkubinat als solches dagegen führt im Verhältnis der Beteiligten weder zu einer generellen Unfähigkeit, Erbe oder Vermächtnisnehmer des anderen Teils zu werden, noch zu einer "incapacité de recevoir à titre gratuit", wie sie in Frankreich einst der CODE MICHAUD, eine Ordonnance aus dem Jahre 1629, begründete.³⁾

Kriterium der Sittenwidrigkeit - darin stimmen die deutsche und die französische Rechtsprechung⁴⁾ überein - ist das synallagmatische Verhältnis zwischen der Gewährung wirtschaftlicher Vorteile und der Gestattung des Geschlechtsverkehrs. Trägt eine Zuwendung an die Konkubine den Charakter eines "Entgelts" für den in Zukunft erwarteten oder in der Vergangenheit gestatteten intimen Verkehr, so stellt sie die Beziehungen der Beteiligten in der sittlichen Wertung auf die Stufe der Prostitution.

2) So die Entscheidungen des Reichsgerichts in JW 1910, 6; JW 1911, 29; Warn. 1928, 342 = JW 1929, 33; LZ 1927, 531; Seuff. Arch. 96, 171; RGZ 111, 151; RGZ 166, 395; OGHZ 1, 249; ebenso BGH LM (Cd) Nr. 2 zu § 138 BGB = FamRZ 1954, 195; BGHZ 20, 72; BGH FamRZ 1960, 357.

3) Hierzu OLIVIER, Conditions S. 18; ESMEIN aaO. Nr. 4.

4) Cass. Req. vom 2.2.1853, D.P. 1853.I. 57; Besançon, Urt. vom 19.3.1862, D.P. 1862.II. 58; Cour de Paris, v. 23.7.1914, D.P. 1918.II. 51 und vom 30.7.1914, D.P. 1918.II. 51 (Lebensversicherung); sehr instruktiv Cass. Req. vom 8.6.1926, D.P. 1927.I. 113 m. Anm. SAVATIER; Cour de Paris, 16.11.1927, D.H. 1928, 57 (verdeckte Schenkung); Cass. Req. vom 29.6.1926, Réc. Gaz. Pal. 1926, II, 517; Cass. civ. vom 14.10.1940, D.H. 1940.I. 174; Cour de Paris, Entsch. v. 12.5.1944, D 1945, 90; vgl. auch ESMEIN aaO. Nr. 4 ff.; PLANIOL-RIPERT aaO. Bd. VI Nr. 226 und in neuerer Zeit Cour de Paris, 24.2.1959, D 1959, somm. 46.

Ein solches Verhalten widerspricht in grober Weise dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit und dem Anstandsgefühl verständig, billig und gerecht denkender Menschen. Eine Verfügung ist also sittenwidrig und nichtig, wenn die Bestimmung des Partners zur Aufnahme oder Fortsetzung sexueller Beziehungen oder deren Belohnung entscheidender Beweggrund,⁵⁾ "motif déterminant"⁶⁾ ist und die Zuwendung sich somit als "pretium stupri"⁷⁾ oder "salaire du vice"⁸⁾ darstellt. So sehr dieser exakten Präzisierung der Generalklausel des § 138 BGB für den vorliegenden Fragenkreis zuzustimmen ist, die die Rechtsprechung hier entwickelt hat, so sehr muß die Bedenkenlosigkeit befremden, mit der die Gerichte seither die oft in langen Jahren gewachsene und gefestigte Lebensgemeinschaft außerehelich verbundener Partner auf das niedrigste Niveau der Geschlechterbeziehungen zu reduzieren pflegten.

Wenn der OGH für die Britische Zone⁹⁾ meinte, der männliche Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft betrachte Geschenke r e g e l m ä ß i g als Gegenleistung für den Geschlechtsverkehr und weiter ausführte, daran ändere sich auch nichts, wenn die Frau den Haushalt führe, denn zumeist sei "für den Mann eben die geschlechtliche Hingabe bestimmend"¹⁰⁾, so ist das in dieser Allgemeinheit einfach nicht haltbar. Die Ansicht mag zutreffen, wenn ein Mann seiner Geliebten, mit der einige Monate oder Wochen zusammengelebt hat, einen Pelzmantel, ein Schmuckstück o.Ä. zum Geschenk macht. Sie aber als generelle Vermutung zunächst grundsätzlich auf alle eheähnlichen Verhältnisse zu erstrecken, zeigt eine Verkennung der soziologischen Tatsachen. Je länger die Partner bereits zusammenleben, um so mehr tritt die Bedeutung der

5) BGH FamRZ 1960, 357.

6) Cass.civ. vom 7.7.1947, Réc.Gaz.Pal. 1947,2.

7) H. de PAGE, Droit Civil Belge, Bd.I Nr.93; Cass.Req. 17.4.1923, D.P.1923.I.172.

8) OLIVIER, Conditions S.18; COLIN-CAPITANT aaO. Nr.1325.

9) OGHZ 1,249

10) OGHZ aaO.

sexuellen Beziehungen zurück und das Verhältnis der Partner wird mehr und mehr durch den bisherigen gemeinsamen Lebensweg mit Sorgen und Freuden, Erfolgen und Fehlschlägen, gemeinsamen Interessen und Zielen geprägt. Das ist bei einer eheähnlichen Gemeinschaft ebenso der Fall wie bei einer Ehe.¹¹⁾

Nun erkennt die Rechtsprechung zwar durchaus an, daß auch Zuwendungen an den Partner eines Konkubinats auf "beachtenswerten Beweggründen" beruhen können.¹²⁾ Diese "beachtenswerten Beweggründe" können einer Verfügung zugunsten des Partners den Makel der Sittenwidrigkeit nehmen, der ihr jedoch nach der bisherigen Praxis zunächst einmal anhaftet. Die deutsche Rechtsprechung geht grundsätzlich von der Vermutung aus, daß Zuwendungen an die Konkubine eine "Gegenleistung" für die Gestattung geschlechtlicher Beziehungen sind und bürdet die Beweislast für das Vorliegen "beachtenswerter Beweggründe" der Bedachten auf.¹³⁾ Diese Einstellung hat lebhafteste Kritik erfahren.¹⁴⁾ Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß der Beweis der "beachtenswerten Beweggründe" in sehr vielen Fällen nicht geführt werden kann. Es handelt sich ja in den meisten Fällen um letztwillige Verfügungen, seltener um Schenkungen. Über die Motive Verstorbener läßt sich trefflich streiten, kaum jedoch ein wirklich zuverlässiger Beweis führen, sodaß diese Regelung der Beweislast

11) so auch H.KRÜGER, Anm. zum Urt. des BAG vom 23.4.1959 in ARBEIT und RECHT 1960, 31 ff.

12) RG LZ 1927, 531; RG Warn. 1934 Nr.91; BGH FamRZ 1957, 95 = NJW 1957, 381; BGH LM (Cđ) Nr.2 zu § 138 BGB = FamRZ 1954, 195.

13) STAUDINGER-COING, Anm. 19 h zu § 138 BGB; KIPP-COING, Erbrecht (1960) § 16 III, 1; OLG München, HRR 1937 Nr. 495; RG DR 1942, 1341; RG SeuffArch. 96, Nr.65; OGHZ 1, 249; BGHZ 20, 71.
Anders die französischen Gerichte, vgl. zuletzt Cour de Paris, Urt.v. 24.2.1959, D 1959, somm. 46.

14) GERNHUBER, Testierfreiheit aaO. 330; KRÜGER, ARBEIT und RECHT 1960, 31 ff.; ROTH, DR 1941, 165; SCHMITZ, Das Problem der Beschränkung der Testierfreiheit, Kölner Rechtswiss. Abhandl. Heft 24 (1936), 42.

praktisch eine materielle Schlechterstellung für Partner eheähnlicher Verhältnisse bedeutet.

Einer Analyse der von der Rechtsprechung als beachtenswert anerkannten Beweggründe muß daher eine kritische Überprüfung folgen, ob diese Beweggründe in der sozialen Wirklichkeit den Charakter einer Regel- oder einer Ausnahmeerscheinung tragen. Erst dann läßt sich sagen, ob die derzeitige Verteilung der Beweislast gerechtfertigt ist oder nicht. An erster Stelle stehen auf der Liste der beachtenswerten Motive die Erfüllung einer moralischen Verpflichtung zur Entschädigung und Sicherstellung des Partners sowie die Dankbarkeit für die während des gemeinsamen Lebens erwiesene Unterstützung, Treue und Anhänglichkeit. So hat das Reichsgericht entschieden,¹⁵⁾ daß eine letztwillige Zuwendung an die Partnerin nicht sittenwidrig sei, wenn "der Beweggrund der Dankbarkeit (den Erblasser) bestimmte, sie für gebrachte Opfer, z.B. das ihrer Frauenehre, zu entschädigen oder an ihr begangenes Unrecht zu sühnen, indem er....ihr Fortkommen sicherstellt."

Weitere Beispiele bilden die Anerkennung eifriger und erfolgreicher Mitarbeit in der Praxis des Partners durch Vermächtnis eines Bauplatzes und eines Geldbetrages,¹⁶⁾ Dankbarkeit für wertvolle Dienste im Beruf des Mannes,¹⁷⁾ endlich auch die Sorge und sittliche Verantwortung für die Zukunft der außerehelichen Kinder und ihrer Mutter,¹⁸⁾ die Entschädigung für die Aufgabe anderweitiger Chancen und Möglichkeiten der Partnerin, ihr Leben zu gestalten¹⁹⁾ oder schließlich die Belohnung 30jähriger treuer Dienste im Hause.²⁰⁾

15) RG, Urt.v. 4.11.1926, LZ 1927, 531.

16) RG Warn.1928, 342 = JW 1929, 33.

17) RG Warn.1934, 193.

18) RG Warn.1910, 388.

19) BGH, Urt.v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195

20) BGH, Urt.v. 29.1.1958, LM (Cd) Nr.9 zu § 138 BGB
= FamRZ 1958, 127 .

Reichhaltiges Material bietet auch die französische Rechtsprechung.²¹⁾ Auch sie sieht die Erfüllung eines "devoir de conscience" nicht als sittenwidrig an.²²⁾

Die Wiedergutmachung eines der Konkubine zugefügten Schadens oder die Sicherstellung ihres künftigen Lebensunterhalts erscheinen sogar als Erfüllung einer Naturalobligation.²³⁾ Auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung österreichischer Gerichte, die die Übernahme einer Unterhaltsverpflichtung gegenüber der "Lebensgefährtin" als Erfüllung einer "moralischen Pflicht" angesehen haben, die nicht nach den für Schenkungen geltenden Vorschriften behandelt werden dürfe.²⁴⁾

Mit der Anerkennung einer Naturalobligation haben die französischen und österreichischen Gerichte einen Gedanken ausgesprochen, der im Grunde wohl auch dem Abstellen auf die "beachtenswerten Beweggründe" in der deutschen Rechtsprechung zugrundeliegt. Zu dem Zweck, den zukünftigen Unterhalt der Partnerin einer seit mehreren Jahren bestehenden eheähnlichen Lebensgemeinschaft zu sichern, haben französische Gerichte Schenkungen²⁵⁾, die Zuwendung des Bezugsrechts aus einer Lebensversicherung an die Konkubine²⁶⁾ und sogar das Versprechen einer lebenslänglichen Rente²⁷⁾ als wirksam anerkannt.

Angesichts der Haltung, die die deutsche Rechtsprechung in der Frage der Beweislast einnimmt, überrascht es, andererseits in einer Entscheidung des Reichsgerichts²⁸⁾ sogar eine Berücksichtigung der über das Materielle hinausgehenden persönlichen Bindung der Partner zu finden.

21) Gesetzliche Grundlagen sind Art.900 und 1131 C.c. Nachweise bei MARTY-RAYNAUD aaO. Nr.580; RODIERE aaO.; COLIN-CAPITANT aaO. Nr.1325.

22) Cass.Reg. vom 12.1.1937, D.H.1937,145; Cour de Paris, vom 23.7.1914, D.P.1918.II.51; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles (1925), 364 f.; SAVATIER, D.P.1927.I.113 und D.P.1928.II.159.

23) Cour de Paris, Entsch.v. 12.5.1944, D 1945,90 und v. 7.10.1954, D 1955,100.

24) Österr.OGH, Urt.v. 19.8.1953, FamRZ 1954,78.

25) Cour de Paris, Entsch.v. 8.7.1926, D.H.1926,488 und v. 10.12.1934, D.H.1935.II.1.

Das Reichsgericht sprach sogar vom "Ausdruck der Dankbarkeit für die dem Erblasser gewährte Lebensgemeinschaft im höheren Sinne". Im allgemeinen sind aber wirtschaftliche Fakten, die bisherige gemeinsame Schaffung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage, maßgebend für die Anerkennung der Verfügungen zugunsten des Partners. So erklärte der BGH die Zuwendung des Bezugsrechts aus einer Lebensversicherung für wirksam, weil sie „in erster Linie mit Rücksicht auf den langjährigen gemeinsamen Daseinskampf, den Willen zu gemeinsamer weiterer Lebensführung und die Tatsache, daß die Bedachte dem Verstorbenen erhebliche eigene Sachwerte zur Gründung einer Existenz hergegeben hatte“²⁹⁾, erfolgt sei.

Auffallend ist, daß die Rechtsprechung stets erhebliches Gewicht auf die Feststellung legt, ob die Partner ledig sind, oder ob einer von ihnen verheiratet ist, ob es sich also bei ihrer "wilden Ehe" um ein ehebrecherisches Verhältnis handelt oder nicht.³⁰⁾ Begründet wird dies im allgemeinen mit dem schärferen sittlichen Unwerturteil, dem ein ehebrecherisches Konkubinat unterliegen müsse. Der eigentliche Grund für diese Einstellung der Gerichte dürfte indessen nicht so sehr in der - wie meist in der Begründung betont wird - verwerflicheren Motivation des Verfügenden, als vielmehr in der Rücksicht auf die konkurrierenden Interessen der Verwandten³¹⁾ liegen.

26) Cour de Paris vom 5.5.1925, D.H. 1925,474.

27) Trib.civ. Seine v. 15.1.1926, Réc.Gaz.Pal.1926.II, 427.

28) RG DRiZ 1932 Nr.403.

29) BGH, Urt.v. 10.1.1957, NJW 1957,381 = FamRZ 1957,95.

30) Der ehebrecherische Charakter eines eheähnlichen Verhältnisses spielt in den Begründungen eine wichtige Rolle. Folgerichtig führt der BGH in seinem Urteil vom 29.1.1958 (LM § 138 BGB (Cd) Nr.9) aus, daß ein eheähnliches Zusammenleben zwischen unverheirateten Partnern "sittlich nicht in dem Maße verurteilt werden könne, wie ein ehebrecherisches Verhältnis".

31) Hierzu GERNHUBER aaO. 331.

Der legitime Ehegatte und die ehelichen Kinder erscheinen als die "besser berechtigten" Anwärter auf die vom Erblasser hinterlassenen Vermögenswerte oder die verschenkten Beträge oder Gegenstände. Ihre Interessen werden allenfalls durch außerordentliche moralische Verpflichtungen der oben geschilderten Art gegenüber dem Konkubinatspartner aufgewogen.

Die Gerichte fragen im Grunde nicht so sehr nach den Motiven des Erblassers oder Schenkers, sondern stellen darauf ab, wie unter Berücksichtigung der vorliegenden objektiven Gegebenheiten ein "billig und gerecht denkender" Erblasser die Interessen seiner Verwandten einerseits und des Partners der "wilden Ehe" andererseits gegeneinander abgewogen hätte. An diesem Maßstab werden die getroffenen Verfügungen geprüft.³²⁾ Die Willensbildung des Erblassers oder Schenkers wird so, wie es GERNHUBER³³⁾ formuliert, „zum Zierrahmen ohne Verbindlichkeit und eine dem Leitbild richtigen Wollens folgende objektive Betrachtung setzt sich durch.“ Diese "objektivierte" Betrachtungsweise entspricht an sich dem allgemein anerkannten und gerade in den hier einschlägigen Entscheidungen³⁴⁾ immer wieder betonten Prinzip, bei der Anwendung des § 138 BGB zu prüfen, ob sich ein konkretes Rechtsgeschäft nach Zweck, Inhalt und Beweggrund als sittenwidrig darstellt. Der Inhalt eines Rechtsgeschäfts aber wird maßgebend durch seine Folgen und Auswirkungen auf die Interessen der Beteiligten bestimmt. Der Eindruck einer "Inkonsequenz" der Rechtsprechung (GERNHUBER aaO.) entsteht lediglich durch die einseitige Hervorhebung der Beweggründe in den Urteilsbegründungen, die mit der wirklichen Bedeutung der Motive für die Entscheidung des Gerichts in einem Mißverhältnis steht.

32) RG DRiZ 1932, 403: „Eine andere Beurteilung ist.... geboten, wenn der Erblasser keine Familie hinterläßt, auf die er Rücksicht zu nehmen hätte. Unter diesen Umständen ist es...nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Erbeinsetzung der Beklagten als nicht sittenwidrig ansieht.“

33) GERNHUBER aaO. 330.

Nicht immer läßt sich ein eindeutiges Überwiegen des unsittlichen oder des billigenswerten Charakters einer Zuwendung feststellen. Es hat nicht an Fällen gefehlt, wo zwar die Beweggründe einer Verfügung als beachtenswert, der Inhalt und die Modalitäten der vorgesehenen Regelung aber als sittenwidrig angesehen werden mußten, weil sie für die legitimen Verwandten eine nicht zumutbare Belastung dargestellt hätten. Die Rechtsprechung hat hier den Weg des Kompromisses beschritten³⁵⁾ und die betreffenden Verfügungen als zum Teil wirksam, zum Teil nichtig behandelt.³⁶⁾ Im übrigen sollte man bei der Beurteilung letztwilliger Verfügungen (Erbeinsetzungen und Vermächnisse) noch mehr berücksichtigen, daß eine solche Verfügung nur dann geeignet sein kann, den begünstigten Partner zur Aufnahme oder Fortsetzung geschlechtlicher Beziehungen zu bestimmen, wenn sie alsbald zu dessen Kenntnis gelangt, was durchaus nicht immer der Fall ist.³⁷⁾ Auch erlangt der testamentarisch bedachte Partner nur eine rechtlich vorerst in keiner Weise gesicherte Anwartschaft, die der andere Teil jederzeit im Wege des Widerrufs oder durch die Errichtung eines neuen Testaments wertlos machen kann, sodaß sie als "Gegenleistung" im Zuge eines synallagmatischen "Geschäfts" wenig geeignet ist.

Als Ergebnis dieser Überlegungen lassen sich für die Beurteilung letztwilliger und unentgeltlicher Verfügungen zugunsten des Partners einer eheähnlichen Ge-

34) RG Warn.1928,342; OGHZ 1,249; BGH FamRZ 1954,195.

35) kritisch hierzu aus methodischen Erwägungen GERN-HUBER aaO. 330.

36) instruktiv hierzu RG Warn.1928,342 = JW 1929,33: Das Vermächtnis eines Grundstücks und eines Geldbetrages an die Assistentin eines Zahnarztes, mit der dieser zusammenlebte, wurde im Hinblick auf langjährige Mitarbeit als wirksam anerkannt; unwirksam dagegen die Übertragung eines 50 % Anteils an der Praxis, da der ehelichen Tochter des Erblassers (ebenfalls Zahnärztin) die dauernde Zusammenarbeit mit der früheren Geliebten des Vaters nicht zumutbar sei. Interessant die Erwägung des OGH (OGHZ 1,249): Wenn bei "achtenswertem Beweggrund" die Zuwendung

meinschaft folgende Grundsätze festhalten:

1. Eine Zuwendung ist nur dann sittenwidrig und nach § 138 BGB nichtig, wenn sie sich nach Inhalt und Beweggründen als "pretium stupri" darstellt. Insbesondere reicht die bloße Benachteiligung der gesetzlichen Erben nicht aus, da das Gesetz durch die Vorschriften über den Pflichtteil selbst einen Bereich abgegrenzt hat, innerhalb dessen der Erblasser frei sein soll, Dritte auch zu Lasten seiner Verwandten zu bedenken.

2. Eine Vermutung dahin, daß der Beweggrund der Zuwendung war, den begünstigten Teil zur Aufnahme oder Fortsetzung sexueller Beziehungen zu bestimmen oder dafür zu belohnen, läßt sich aus dem Bestehen eines eheähnlichen Verhältnisses nicht herleiten. Eine unentgeltliche oder letztwillige Verfügung zugunsten des anderen Teils beruht jedenfalls bei einer seit längerer Zeit bestehenden eheähnlichen Gemeinschaft mit größerer Wahrscheinlichkeit auf "achtenswerten Beweggründen", als auf der Absicht, damit die sexuelle Komponente des Verhältnisses durch eine "Gegenleistung" zu honorieren. Daher muß derjenige, der die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit einer Zuwendung geltend machen will, grundsätzlich seinerseits beweisen, daß diese in ihrem Gesamtbild als "pretium stupri" anzusehen ist.

3. Eine Ausnahme hiervon gilt nur bei einem ehebrecherischen Konkubinat. Hier liegt insbesondere bei der Partnerin der Gedanke näher, daß sie sich nur im Hinblick auf die gewährten wirtschaftlichen Vorteile zu einem Zusammenleben bereitfand, da ein ehebrecherisches Verhältnis in der allgemeinen Volksanschauung einem schärferen Unwerturteil unterliegt, als eine "wilde Ehe" unter Ledigen. Führt die Benachteiligung des Ehegatten und der ehelichen Abkömmlinge allein auch nicht

eine "angemessene" Höhe übersteigt, ist sie hinsichtlich des überschießenden Betrages unwirksam.

37) RG Warn. 1910 Nr. 371.

zur Sittenwidrigkeit einer Verfügung, so ist sie doch bei der Gesamtbeurteilung von Zweck, Inhalt und Beweggründen der Verfügung als ein Gesichtspunkt (unter mehreren) zu berücksichtigen. Bei Zuwendungen an den Partner eines ehebrecherischen Konkubinats spricht somit eine (widerlegbare !) Vermutung für deren Sittenwidrigkeit, ebenso wie häufig wechselnde eheähnliche Beziehungen des Verfügenden prima facie als Indiz für ein "pretium stupri" gelten können. Es ist dann Sache des Begünstigten, darzutun, daß die Verfügung auf "beachtenswerten Beweggründen" beruhte und auch in Ansehung ihres Inhalts nicht gegen die guten Sitten verstößt.³⁸⁾

38) So die deutsche Rechtsprechung bei ehebrecherischem Konkubinat, z.B. RGZ 166,395; RG Seuff.Arch. 96,171; OGHZ 1,249; BGH LM § 138 BGB (Cd) Nr.2; vgl. auch JOSEF, Schenkungen an die ehebrecherische Geliebte, LZ 1926,433.

III. RECHTSBEZIEHUNGEN DER PARTNER ZU DRITTEN.

§ 10 - Gibt es eine "Schlüsselgewalt" in der "wilden Ehe" ?

Fräulein X, die mit Herrn A in einem eheähnlichen Verhältnis lebt, läßt in der gemeinsamen Wohnung neue Gardinen anbringen. Sie bestellt Kohlen für die Heizung und läßt sich in einem Modeatelier, wo sie schon öfter in A's Begleitung einkaufte, ein Kleid anfertigen. Alle Lieferanten sind aufgrund der äußeren Umstände der Meinung, A und X seien miteinander verheiratet und senden ihre Rechnungen an den A.

Wären A und X Ehegatten, könnten die Lieferanten in der Tat den A aus diesen Geschäften in Anspruch nehmen. Eine Ehefrau ist im Rahmen der "Schlüsselgewalt" gem. § 1357 BGB berechtigt, Geschäfte, die nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten in ihren häuslichen Wirkungskreis fallen, mit Wirkung für und gegen den Ehemann zu besorgen. Nun läßt sich aber niemand bei Geschäften des täglichen Lebens von einer Hausfrau einen Personalausweis oder gar die Heiratsurkunde vorlegen - als Basis des Vertrauens bleibt allein der äußere Tatbestand der gemeinsamen Lebens- und Haushaltsführung, das tatsächliche, dem Kontrahenten erkennbare Auftreten als Mann und Frau. Es kann daher leicht geschehen, daß ein Gewerbetreibender bei einem Geschäft des täglichen Lebens glaubt, mit einer Ehefrau zu kontrahieren, während er es in Wirklichkeit mit der Partnerin eines eheähnlichen Verhältnisses zu tun hat. Vom Standpunkt des Geschäftsgegners wäre es nur billig, wenn in den obengenannten Fällen der A in gleicher Weise in Anspruch genommen werden könnte wie ein Ehemann, zumal ihm die Vorteile aus dem Geschäft, das die Konkubine für Zwecke des gemeinsamen Haushalts abschließt, ebenso zugute kommen, als wenn er mit ihr verheiratet wäre.

Eine unmittelbare oder entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Schlüsselgewalt ist jedoch nicht möglich. Ihre Ausdehnung auf das eheähnliche Zusammenleben wäre mit ratio und Grundlagen des § 1357 BGB nicht zu vereinbaren, denn dort knüpft das Gesetz nicht an die - bei Verheirateten wie Konkubenten gleichermaßen vorliegenden - tatsächlichen Gegebenheiten und Erfordernisse der Haushaltsgemeinschaft an, sondern an das rechtliche Band der Ehe. Nur auf der Basis einer gültigen Ehe kann es eine "eigenständige Zuständigkeit" der Frau¹⁾ für die Geschäfte ihres Wirkungskreises, als welche die Schlüsselgewalt heute verstanden wird, geben. Diese funktionale Zuständigkeit eigener Art, in deren Ausübung die Frau aus eigenem und nicht - wie bei der Stellvertretung - aus abgeleitetem Recht tätig wird, wurzelt unmittelbar in der institutionellen Ordnung der Ehe. Sie kann ihr daher ausschließlich und allein durch die Begründung einer Ehe, nicht aber durch eine wie auch immer geartete Gestaltung der tatsächlichen Lebensverhältnisse verliehen werden.

Anders ist es im englischen Recht. Abgesehen von dem auch dort bestehenden "selbständigen" Recht der Frau,²⁾ zur Sicherstellung des lebensnotwendigen Bedarfs als "agent of necessity" den Ehemann zu verpflichten,³⁾ stellt sich das englische Gegenstück der deutschen "Schlüsselgewalt" als "agency implied in fact"⁴⁾, als

1) MÜLLER-FREIENFELS, Zur heutigen Schlüsselgewalt, Festschrift f. Lehmann, Bd.I (1956), 417; SCHWARZHAUPT, FamRZ 1957, 36.

2) STOLJAR, The law of agency (1961), 159.

3) STOLJAR aaO. 159; FRIDMAN, Law of agency (1960), 105; HAMAWI, Family Law (1953), 171 ff. und 263 ff.; MÜLLER-FREIENFELS aaO. 416; ANSON, Law of Contract (1959), 505; CHITTY, On Contracts, 21. Aufl. (1955), Nr. 1183; LUSH, On Husband and Wife, 4. Aufl. (1933), 327.

4) FRIDMAN, aaO. 104; MÜLLER-FREIENFELS, aaO. 416; Lord Selborn, L.C. in Debenham v. Mellon, 6 App.Cas. 32.

eine abgeleitete, der Stellung einer Ehefrau nicht inhärente⁵⁾ Befugnis dar, kraft einer aufgrund der bestehenden Lebensgemeinschaft (cohabitation) vermuteten Vertretungsmacht im Namen und für Rechnung des Ehemanns zu handeln (to pledge the husband's credit). Das englische Recht vermutet eine solche Vertretungsmacht für alle Geschäfte, die im Rahmen einer den Verhältnissen und der Stellung des Mannes angemessenen Lebenshaltung liegen.⁶⁾ Diese Vertretungsmacht umfaßt „all domestic matters ordinarily entrusted to a wife.“⁷⁾

Die englische Regelung ist hier deshalb von besonderem Interesse, weil sie eine (unter gewissen Umständen widerlegbare) Vermutung einer Vertretungsmacht für die genannten Geschäfte eintreten läßt, sobald ein Mann und eine Frau in einem gemeinschaftlichen Haushalt zusammenleben, o h n e Rücksicht darauf, ob sie verheiratet sind oder nicht.⁸⁾ Die Vermutung gilt also auch bei Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft, sie wirkt zugunsten der Ehefrau ebenso wie für die "mistress".

Die Lieferanten, bei denen die Konkubine Kohlen, Gardinen für die gemeinsame Wohnung oder Lebensmittel für den gemeinsamen Haushalt bestellt und ebenso das Modetelier (sofern der Preis des Kleides nicht ersichtlich außer jedem Verhältnis zu den Verhältnissen der Beteiligten und ihren früheren Einkäufen dort steht) werden nach englischem Recht unmittelbar Vertragspartner des Mannes, mit dem die Konkubine zusammenlebt. Sie können den Partner aus diesen Geschäften in Anspruch nehmen,

5) EVERSLEY, On Domestic Relations, 6.Aufl.(1951), 208.

6) EVERSLEY, aaO. 209; HAMAWI, aaO. 171 f.; HANBURY, Principles of Agency, 2.Aufl. (1960), 32.

7) LEAKE, On Contracts, 6.Aufl., 417; ANSON, aaO. 503 ff.

8) BOWSTEAD, On Agency, 12.Aufl.(1959), 30; CHITTY, aaO. Nr.1173; EVERSLEY-STRANGER-JONES aaO. 209; FRIDMAN, aaO. 73; HANBURY, aaO. 32; ANSON, aaO. 504; LUSH, aaO. 331; Ryan v. Sams (1848), 12 Q.B. 460; Watson v. Threlkeld, 2 Esp. 637.

sofern er nicht nachweist, daß er seiner Partnerin ausdrücklich verboten hat, Geschäfte auf seine Rechnung abzuschließen, oder dem Kontrahenten zuvor mitgeteilt hat, daß er dafür nicht aufkomme.⁹⁾ Selbstverständlich endet die durch das tatsächliche Zusammenleben begründete Vermutung einer "agency" der Konkubine mit der Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft¹⁰⁾, es sei denn, daß die Beendigung dieser Gemeinschaft bisher weder "notorious" noch dem Lieferanten bekanntgeworden ist.¹¹⁾

Das englische Recht löst also den gesamten Fragenkreis über das Recht der Stellvertretung, dessen allgemeine Regeln auch in Deutschland zur Bewältigung der hier auftauchenden Probleme herangezogen werden könnten. Dabei kämen insbesondere die von der Rechtsprechung zur sogenannten "Duldungs-" und "Anscheinsvollmacht" entwickelten Grundsätze in Betracht. Zwar gibt es im deutschen Recht grundsätzlich keinen Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht, doch muß derjenige, der durch sein Verhalten einen bestimmten Rechtsschein erweckt, Dritten gegenüber dafür einstehen. Martin WOLFF¹²⁾ hat daher angenommen, daß „Menschen, die wie Eheleute miteinander leben, einander durch stillschweigende öffentliche Kundmachung rechtsgeschäftlich diejenige Vertretungs- und Verfügungsmacht erteilen, die kraft Gesetzes bestünde, wenn die Ehe gültig wäre.“ Dieser Ansicht kann man auch heute noch beipflichten, obwohl sie von der inzwischen aufgegebenen "Mandatstheorie" ausgeht, nach der die Schlüsselgewalt in der Ehe als gesetzlicher Spezialfall der Stellvertretung angesehen wurde.

9) Debenham v. Mellon (1880), 6 App.Cas. 24; FRIDMAN, aaO. 74; Etherington v. Parrot (1703), 1 Salk.118; ANSON aaO. 504; EVERSLEY aaO. 209 f.

10) Munro v. DeChemant (1815), 4 Camp.215;

11) Justice Patterson in Ryan v. Sams (1848), 12 Q.B.462; FRIDMAN aaO. 74; es handelt sich dann im Grunde um einen Fall von "agency by estoppel".

12) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.IV : Familienrecht (1931), § 28 III.

Ist auch nach heutiger Ansicht die Schlüsselgewalt keine Form der Vertretung, so führt sie doch, soweit das Verhältnis des Mannes zum Drittkontrahenten in Frage steht, zu den gleichen Rechtsfolgen: Durch das im Rahmen der Schlüsselgewalt von der Frau abgeschlossene Geschäft wird der Mann verpflichtet - nicht anders, als wenn ein bevollmächtigter Vertreter des Mannes das Geschäft mit dem Dritten abgeschlossen hätte.

Wenn ein Mann duldet, daß die Konkubine, mit der er in einem eheähnlichen Verhältnis lebt, ständig die für den gemeinsamen Haushalt erforderlichen Geschäfte des täglichen Lebens tätigt, sodaß die Lieferanten glauben, sie kontrahiere mit ihnen im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt als Ehefrau, so wird man darin eine stillschweigende Vollmachterteilung für den Abschluß solcher Geschäfte erblicken müssen. Diese Duldung darf „vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden“, daß die Konkubine von dem Mann „Vollmacht, für ihn zu handeln, erhalten hat“¹³⁾.

Freilich bestimmt sich der Umfang der Haftung des Partners stets nach dem im Einzelfall durch das Verhalten der Beteiligten erweckten Anschein. Gibt jemand seine Konkubine Dritten gegenüber als seine Ehefrau aus oder duldet er, daß sie bei gemeinsamen Einkäufen in seiner Gegenwart als seine Frau angesprochen wird, muß er für alle Geschäfte seiner Partnerin einstehen, die nach den Lebensverhältnissen der Beteiligten von der Schlüsselgewalt einer Ehefrau umfaßt würden. Ist hingegen dem Drittkontrahenten bekannt, daß zwischen den Partnern keine Ehe, sondern nur ein Konkubinat besteht, berechtigt ihn nach deutschem Recht - im Gegensatz zu der in England geübten Praxis - nichts, eine in ihrem Umfang

13) BGHZ 5, 116; BGH MDR 1953, 345; MÜLLER-FREIENFELS aaO. 412 f.; vgl. auch RUSS, Das Liebesverhältnis im Bürgerlichen Recht (1930), 32 und BAUMANN, Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinats (1932), 104 ff.

der Schlüsselgewalt einer Ehefrau entsprechende Vertretungsmacht der Partnerin anzunehmen. In einem solchen Fall müssen konkrete Anhaltspunkte ergeben, ob und in welchem Umfang in dem Verhalten der Beteiligten eine stillschweigende Bevollmächtigung des einen Teils durch den anderen zu erblicken ist.

Hat also in dem eingangs genannten Beispiel Herr A die Rechnungen des Modeateliers stets anstandslos bezahlt, dann kann er sich - auch wenn dort bekannt ist, daß er mit Fräulein X nicht verheiratet ist, künftig nicht darauf berufen, daß sie keine Vollmacht habe, ihn zu verpflichten. Sein Verhalten muß dann nach den vom BGH für die "Duldungsvollmacht" entwickelten Grundsätzen als stillschweigende Erteilung einer entsprechenden Vertretungsmacht angesehen werden. Andererseits ist der Anwendungsbereich durch konkrete einzelne Verhaltensfälle begründeter Anscheins- und Duldungsvollmacht nicht unbedingt auf den Bereich des eigentlichen "häuslichen Wirkungskreises" beschränkt. So wird auch die Tankstelle Herrn A in Anspruch nehmen dürfen, wenn seine Partnerin dort seinen Wagen ständig betanken und waschen läßt und er die Rechnungen dafür bisher stets bezahlt hat.

Im Gegensatz zu § 1357 BGB kann im Rahmen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch durchaus die Frau durch Geschäfte des Partners verpflichtet werden. Wenn allgemein bekannt ist, daß ein Mann von einer begüterten Frau, mit der ihn ein eheähnliches Verhältnis verbindet, "ausgehalten" wird, kann sich diese Frau nicht auf die fehlende Vertretungsmacht ihres Partners berufen, wenn dieser Geschäfte des täglichen Lebens abschließt, die erkennbar für die Bedürfnisse des gemeinsamen Haushalts bestimmt sind und wenn die Frau in der Vergangenheit für solche Geschäfte stets aufgekommen ist. Bei einem typischen Rentenkonkubinatsverhältnis schließlich wird der Drittkontrahent, sofern ihm bekannt ist, daß die Partner mit ihren beiderseitigen Renten den gemeinsamen Haushalt bestreiten, davon ausgehen dürfen, daß der handelnde Partner zugleich sich selbst und den anderen Teil verpflichtet. Der Lieferant steht hier noch günstiger, als gegenüber

Ehegatten : er kann sich von Anfang an wahlweise an beide Partner halten.¹⁴⁾

Voraussetzung bleibt aber in allen Fällen, daß das Verhalten der Partner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin zu deuten ist, daß der Handelnde bevollmächtigt sein soll, den anderen Teil zu verpflichten. Darin liegt der fundamentale Unterschied zur Schlüsselgewalt in der legitimen Ehe: Diese besteht kraft Gesetzes, und ihr Umfang bestimmt sich nach dem Gesetz, ohne Rücksicht darauf, wer im Einzelfall die täglichen Geschäfte für den gemeinsamen Haushalt tätigt und wer dafür aufkommt. Lediglich in dem Fall, daß sich die Partner einer "wilden Ehe" gegenüber Dritten den Anschein legitimer Eheleute geben, deckt sich im praktischen Ergebnis (nicht in der Begründung und der rechtstechnischen Struktur) die daraus für die Konkubine resultierende Anscheinsvollmacht mit der einer Ehefrau durch die Schlüsselgewalt verliehenen Befugnis, Geschäfte mit Wirkung für und gegen den Mann abzuschließen.

Auch im französischen Recht wird der Dritte, der mit einer Konkubine kontrahiert und dabei glaubt, diese sei verheiratet und handle bei dem Geschäft im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt (*mandat domestique*) für ihren Gatten, nicht schutzlos gelassen. Allerdings erstrecken nur einige ältere Entscheidungen¹⁵⁾ das "*mandat tacite*" der Ehefrau, das dieser gem. Art. 220 C.c. zustehende Recht „*de représenter le mari pour les besoins du ménage*“ in analoger Anwendung auf die Partnerin einer *union libre*. Die neuere französische Rechtsprechung gründet die Haftung des Partners für die genannten Geschäfte seiner Konkubine nicht - wie beim *mandat domestique* der Ehefrau - auf eine vermutete Vertretungsmacht, sondern behandelt die schuldhafte Verursachung eines falschen

14) MÜLLER-FREIENFELS, aaO. 413.

15) Trib.civ. Nice, Entsch.v. 27.10.1909, D.P.1912.II.216
Trib.paix Nogent-sur-Marne vom 23.1.1910, Réc.Gaz.
Pal.1910.I.397; vgl. auch OLIVIER, Conditions 16 f.
und ESMEIN aaO. Nr. 60 ff.

Rechtsscheins als unerlaubte Handlung, die gem. Art.1382 C.c. zum Schadensersatz verpflichtet.¹⁶⁾ Indem der Konkumbent bei seiner Umwelt den falschen Anschein erweckt, die Frau, mit der er zusammenlebt, sei seine Ehegattin, und dadurch deren Geschäftspartner veranlaßt, bei Geschäften für Zwecke des gemeinsamen Haushalts auf ein "mandat domestique" zu vertrauen, begeht er nach dieser Rechtsprechung eine "tromperie"¹⁷⁾, ein Delikt. Unter dem Gesichtspunkt des S c h a d e n s e r s a t z e s kann der Lieferant verlangen, so gestellt zu werden, als sei seine Kontrahentin wirklich mit ihrem Partner verheiratet. Das bedeutet, daß sich dieser so behandeln lassen muß, als sei er - wie ein Ehemann gem. Art. 220 C.c. - durch seine Partnerin wirksam vertreten worden, so daß er nunmehr voll aus dem Geschäft in Anspruch genommen werden kann, so als wäre er Vertragspartner des Lieferanten geworden. Haben sich aber die Konkumbenten nicht als Ehepaar ausgegeben oder weiß der Kontrahent, daß sie nicht verheiratet sind, haftet grundsätzlich nur derjenige, der das Geschäft abgeschlossen hat. Den anderen Partner kann der Lieferant nur dann in Anspruch nehmen, wenn er durch das Geschäft eine persönliche Bereicherung erlangt hat¹⁸⁾ oder wenn er in der Vergangenheit ständig für die Verpflichtungen des Partners aufgekommen ist.¹⁹⁾

16) AUBRY-RAU-ESMEIN aaO. Bd.VII, § 491 Note 16; COLIN-CAPITANT-JUILLOT de la MORANDIERE aaO. Nr.1325; ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.60; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, aaO. Nr.76; MAZEAUD aaO. Nr.708; OLIVIER, Conditions S.17; MARTY-RAYNAUD aaO. Nr.681; DEMOGUE, Rev.trim. dr.civ.1912,1016; ausführlich BOUTARD, Les pouvoirs ménagers de la femme mariée (1947), 96 ff.; LALOU, La responsabilité civile, 2.Aufl. Nr.719; SAVATIER, D.P.1922.I.201; Trib.civ. Seine, Urt.v. 10.7.1912, Gaz.Trib.1912.II.377; Cour de Paris v. 21.11.1923, Réc.Gaz.Pal.1924.I.187; Cass.civ. 13.12.1927, D.P. 1928.I.98; Cour de Paris, Urt.v. 23.7.1932, Réc.Gaz. Pal.1932.II.423.

17) AUBRY-RAU-ESMEIN aaO. § 491.

18) ESMEIN aaO. Nr. 62.

19) Trib.civ. Seine vom 5.5.1926, D.H. 1926, 429.

Die französische Praxis unterscheidet sich somit zwar in Begründung und Konstruktion, nicht aber im praktischen Endergebnis von den zuvor erörterten Regelungen.

Die Haftung des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft für Geschäfte der Konkubine entspricht auch der Billigkeit. Es würde eine ungerechtfertigte Privilegierung der "wilden Ehe" darstellen, wenn der Konkubent aus den Geschäften der Partnerin, die auch ihm wirtschaftliche zugute kommen - im Gegensatz zu einem Ehemann - nicht in Anspruch genommen werden könnte.

§ 11 - Schadensersatzansprüche der Konkubine beim
Tod des Partners durch Verschulden eines
Dritten ?

In den vorstehend erörterten Fällen konnten sich Dritte auf das Bestehen eines eheähnlichen Verhältnisses berufen, um daraus Rechte gegen die Beteiligten herzuleiten. Anders ist die Einstellung der Rechtsprechung, wenn sich die Partner selbst auf das Bestehen ihrer eheähnlichen Gemeinschaft berufen, um daraus Rechte gegen Dritte herzuleiten. Besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck, wenn die Konkubine Ersatz des Vermögensschadens verlangt, der ihr durch den Tod des Partners und die dadurch bedingte Beendigung der Lebens- und Haushaltsgemeinschaft entsteht.

Hierzu ein Beispiel : Fräulein X lebt seit 10 Jahren mit Herrn Y in einem eheähnlichen Verhältnis, aus dem 2 Kinder hervorgegangen sind. Nach der Geburt des zweiten Kindes gab sie ihre Berufstätigkeit auf und widmete sich fortan nur noch der Erziehung der Kinder und der Führung des gemeinsamen Haushalts. Seitdem wurden Fräulein X und die Kinder allein von Y unterhalten. Bei einem Verkehrsunfall wird Y durch Verschulden des S getötet. Haben Fräulein X und die Kinder einen Schadensersatzanspruch gegen S bzw. gegen dessen Haftpflichtversicherung ? Für die Kinder ergibt sich die Antwort nach deutschem Recht unmittelbar aus dem Gesetz: Y war ihnen (§ 1708

BGB) kraft Gesetzes unterhaltspflichtig; S hat den Kindern daher nach § 844 Abs.2 BGB durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten. Anders ist es bei der überlebenden Partnerin. Ihr gegenüber oblag dem Y keinerlei gesetzliche Unterhaltspflicht, sodaß sie nicht in den Kreis der durch § 844 BGB geschützten Personen gehört. Andererseits ist ihr - wirtschaftlich betrachtet - tatsächlich ein erheblicher Schaden entstanden : Aller Voraussicht nach wäre sie auch künftig von Herrn Y unterhalten worden, wahrscheinlich sogar auf Lebenszeit. Daß sich ihre tatsächliche wirtschaftliche Lage durch den Tod des Y verschlechtert hat, ist offensichtlich. Fraglich ist aber, ob der für die Konkubine entstandene Vermögensnachteil rechtlich mit der erforderlichen Bestimmtheit erfaßbar ist. Es ist zwar, um beim Eingangsbeispiel zu bleiben, angesichts der Dauer des bisherigen Zusammenlebens und der beiden Kinder sehr wahrscheinlich, daß Y - wäre er nicht überfahren worden - die "wilde Ehe" fortsetzen und zeitlebens für Fräulein X sorgen würde. S i c h e r aber ist das nicht. Niemand würde Herrn Y hindern können, sich eines Tages einseitig von Fräulein X loszusagen und alle Zuwendungen an sie einzustellen. Hier gewinnt das Element der rechtlichen Unverbindlichkeit, das schon eingangs als wichtiges Merkmal des eheähnlichen Verhältnisses gekennzeichnet wurde, erhebliche Bedeutung.

In der französischen Rechtsprechung und Literatur hat die Frage der Schadensersatzpflicht im Falle der schuldhaften Tötung des Partners einer "wilden Ehe" stets im Brennpunkt aller Auseinandersetzungen um die rechtliche Bedeutung der union libre gestanden.¹⁾

1) Ausführliche Darstellung der Problematik und des Standes der Meinungen bei TOULEMON-MOORE, *Le préjudice corporel et moral en Droit Commun*, 2.Aufl.(1957), 13, 39 ff.; H.u.L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 5.Aufl.(1957) Nr. 278 ff., 327; H.u.L. MAZEAUD, *Obligations en général et responsabilité civile*, Rev. trim.dr.civ. 1957,333; H. MAZEAUD, *La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile*, D 1954, chron. 39; SAVATIER, *Anm. D.P.* 1938.I.5.

Die gesetzliche Grundlage deliktischer Schadensersatzansprüche im französischen Recht, Art. 1382 C.c.²⁾, ist so weit gefaßt, daß es der Rechtsprechung überlassen blieb, die Grenzen abzustecken, innerhalb derer vom Verursacher des Schadens eine Ausgleichsleistung zu fordern ist. Zunächst haben die französischen Gerichte der Konkubine einen Schadensersatzanspruch zugesprochen, sofern sie nur nachweisen konnte, daß das Opfer des Unfalls regelmäßig für ihren Unterhalt aufgekommen ist, so daß der Unfall ihr einen konkreten Schaden, ein "préjudice actuel", verursacht hat.³⁾ Der Kassationshof hat sich dabei auf eine ältere Entscheidung (Cass.crim. vom 20.2.1863, D.P.1864.I.99 m.Anm. NOUGIER) bezogen, wonach der Anwendung des Art. 1382 C.c. weder im Hinblick auf die Art des schadenstiftenden Ereignisses noch hinsichtlich der "nature du lien qui doit unir, au cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait la réparation" Grenzen gezogen seien. Voraussetzung war das Vorliegen eines "préjudice certain et actuel"; es mußte also dargelegt werden, daß der konkrete Schaden auch "certain" war. Hierbei kam es darauf an, ob unter Berücksichtigung der bisherigen Dauer des eheähnlichen Verhältnisses und des Verhaltens der Beteiligten ein weiteres Fortbestehen der Verbindung mit einiger Sicherheit zu erwarten gewesen wäre. Ob eine Entschädigung zu zahlen war oder nicht, war also in erster Linie eine Frage der Tatsachenwürdigung.

-
- 2) Art. 1382 Code civil: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.“
- 3) Cass.crim. vom 26.11.1926 - hier hatten die Partner 28 Jahre lang zusammengelebt und ein gemeinsames Kind - D.P.1927.I.73 m.Anm. LALOU, Gaz.Pal.1927.I.108, Montpellier, Urt.v. 24.6.1924, D.P.1924.II.145 m.Anm. SAVATIER; Cass.crim. vom 28.2.1930, D.P.1930.I.49 m.Anm. VOIRIN, S 1931.I.145 m.Anm. MARTY, Gaz.Pal.1930, I,638 - hier waren durch mehrere Jahre regelmäßige Zuwendungen erfolgt; Trib.corr. Seine v. 12.2.1931, D.P. 1931.II.57 m.Anm. VOIRIN, abgeändert durch die Cour de Paris, Entsch.v. 18.3.1932, D.P.1932.II.88 m.Anm. VOIRIN; Rennes, Urt.v. 8.7.1931, S 1932.II.18 = Gaz.Pal. 1931.II.823.

Die Entscheidung, ob es sich im einzelnen Fall um eine Verbindung "ernsten und stabilen Charakters" handelte, ließ dem Richter einen sehr weiten Beurteilungsspielraum. Daß damit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht gefördert wurde, liegt auf der Hand: In den eigentlich entscheidenden Punkten waren die Urteile der Instanzgerichte der Nachprüfung durch den Kassationshof entzogen, so daß dieser selbst bei völlig übereinstimmenden Lebenssachverhalten zu entgegengesetzten Entscheidungen kommen mußte, wenn die Vorinstanzen die (Tat-) Frage nach der mutmaßlichen Beständigkeit der Verbindung verschieden beurteilt hatten. Ein instruktives Beispiel dafür bieten die Urteile vom 26.11.1926⁴⁾ und vom 9.11.1928⁵⁾.

Während einige Gerichte mit der Begründung, die Stabilität des eheähnlichen Verhältnisses sei nicht hinreichend dargetan, praktisch jede Schadensersatzklage einer Konkubine abwiesen, verfielen andere in das entgegengesetzte Extrem:⁶⁾ So gewährte man der Konkubine eines verheirateten Mannes, die nachwies, daß sie seit langem von ihrem Geliebten unterhalten wurde, einen Schadensersatzanspruch gegen den Verursacher des Unfalls. Das gleiche Urteil ließ aber die Ehefrau des Getöteten leer ausgehen mit der Begründung, sie hätte ja von ihrem Mann auch nichts bekommen, wenn er noch leben würde.⁷⁾ Diese Entscheidung ist namentlich von JOSSERAND⁸⁾ lebhaft als "bedenklicher Sieg des Faktischen über das Recht" kritisiert worden. Ebenso bemerkenswert ist die

4) Cass.crim. vom 26.11.1926, D.P. 1927.I.73 m.Anm. LALOU.

5) Cass.crim. vom 9.11.1928, D.P. 1929.I.23 m. Anm. LALOU, Gaz.Pal. 1928.II.845; vgl. auch MAZEAUD-TUNC aaO. Nr. 283.

6) Nachweise bei MAZEAUD-TUNC aaO. Nr. 283

7) Trib.corr. Seine, Urt.v. 12.2.1931, D.P.1931.II.57 m. Anm. VOIRIN, abgeändert von der Cour de Paris, Urt. vom 18.3.1932, D.P.1932.II.88 m.Anm. VOIRIN.

8) L'avènement du concubinat, D.H. 1932, chron. 45.

Entscheidung der Cour de Paris vom 18. November 1932.⁹⁾ Hier wurde gleich z w e i Konkubinen, die ihren gemeinsamen "Ernährer" durch einen Unfall verloren hatten, ein Schadensersatzanspruch gewährt. Beide konnten nämlich eine gewisse Stabilität und Dauer ihrer Beziehungen zu dem Getöteten nachweisen (die eine von ihnen lebte seit 26 Jahren mit ihm zusammen, die andere hatte von ihm ein uneheliches Kind und wurde seit langem von ihm unterhalten). Es konnte, wie MAZEAUD¹⁰⁾ meinte, "verhängnisvoll werden, den Besitzer eines Harems zu überfahren". Die Entscheidung der Cour de Paris wurde vom Kassationshof aufgehoben.¹¹⁾ Der Kassationshof forderte als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs nunmehr "garanties de stabilité et de durée" und auch eine gewisse "moralité" der Verbindung mit dem Getöteten, an welcher es z.B. beim Doppelkonkubinat fehle.¹²⁾

Eine grundlegende Wende in der Rechtsprechung brachte jedoch erst die Entscheidung vom 13.2.1937¹³⁾: Danach kann von einem "préjudice direct" durch den Verlust des Partners nicht die Rede sein, da die Unterstützung durch diesen infolge der fehlenden rechtlichen Durchsetzbarkeit stark risikobelastet ("aléatoire et précaire") sei und auch aus anderen Gründen als durch seinen Tod plötzlich enden könne. Der Verlust einer rein tatsächlichen "Chance" aber könne keinen Schadensersatzanspruch begründen. Noch deutlicher wurden die neuen Grundsätze in der Entscheidung der Chambre civile des Kassationshofs vom 27. Juli 1937¹⁴⁾ formuliert :

9) D.H.1933, somm.23 = S 1933.II.25 = Gaz.Pal.1933.I.52; s. auch MAZEAUD-TUNC aaO. Nr. 283 Note 8.

10) MAZEAUD-TUNC aaO. Nr.283.

11) Cass.crim. vom 27.4.1934, Gaz.Pal.1934.I.927, Rev.gén.ass.terr.1934,605 m.Anm.PICARD.

12) Cass.crim. vom 27.4.1934, aaO.

13) Cass.crim. vom 13.2.1937, Gaz.Pal.1937.I.467, D.P.1938.I.5 m.Anm. SAVATIER, Rev.gén.ass.terr.1938,983 m.Anm.PICARD; dazu ESMEIN, Un revirement de la Chambre criminelle, Gaz.Pal.vom 23.3.1937.

14) Cass.civ. vom 27.7.1937, D.P.1938.I.5 m.Anm.SAVATIER,

Danach bleibt ein Konkubinat, "quelles que soient ses modalités et sa durée", eine "situation de fait qui ne saurait être génératrice de droits au profit des concubins et vis-à-vis des tiers". Wegen ihrer Unsicherheit und rechtlichen Unverbindlichkeit können die durch ein Konkubinat begründeten Beziehungen der Partner nicht Grundlage rechtlich geschützter Interessen sein. Sie können zwar Verpflichtungen zu Lasten der Konkubanten begründen, den Konkubanten aber keinerlei Rechte gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber dem Verursacher des Unfalls, verschaffen.

Eine Entschädigung kann nach französischem Recht fortan nur fordern, wer durch die unerlaubte Handlung in seinen "intérêts légitimes juridiquement protégées" verletzt ist. Die der Konkubine von ihrem Partner zu Lebzeiten in Erfüllung einer rechtlich nicht durchsetzbaren Naturalobligation gewährten Unterhaltsleistungen können nicht nach dessen Tode zur Basis eines (rechtlich durchsetzbaren) Schadensersatzanspruchs gegen Dritte gemacht werden. Die Konkubine stünde ja andernfalls günstiger als vor dem Verlust ihres Partners.¹⁵⁾ Ein Schadensersatzanspruch setzt die Verletzung eines rechtlich geschützten und durchsetzbaren Interesses voraus. Nicht jede nach den Umständen begründete "Erwartung" oder tatsächliche "Chance" kann diesen Schutz beanspruchen. Schließlich - so bemerkt JOSSERAND¹⁶⁾ hierzu treffend - könne auch ein Kaufmann den Autofahrer, der ihm seinen besten Kunden überfahren hat, nicht auf Schadensersatz verklagen. An diesen Grundsätzen hat die französische Rechtsprechung in der Folgezeit festgehalten. Der Kassationshof hat sie

S 1938.I.321 m.Anm. MARTY. Das Gericht verneinte mit Entschiedenheit jegliche rechtliche Erheblichkeit der bisher von dem Getöteten erbrachten Leistungen, obwohl die Beteiligten ein gemeinsames Kind hatten und seit 30 Jahren zusammenlebten.

15) H.MAZEAUD, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D 1954, chron.39.

16) L'avènement du concubinat, D.H. 1932, chron.45.

wiederholt bestätigt.¹⁷⁾ Nach den gleichen Grundsätzen verfährt die französische Verwaltungsrechtsprechung bei der Abwicklung von Schadensfällen, für die die öffentliche Hand haftet.¹⁸⁾ Schon im Jahre 1928 hat der Conseil d'Etat die Klage einer Konkubine abgewiesen, deren Partner durch einen Verkehrsunfall, für dessen Folgen der Staat eintreten mußte, ums Leben gekommen war.¹⁹⁾ Eine Entschädigung, heißt es in der Entscheidung, könne nur verlangen, wer in einem R e c h t verletzt sei, es genüge nicht die Verletzung eines tatsächlichen Interesses. Da der Konkubine aber - im Gegensatz zur Ehefrau - ein Unterhaltsanspruch kraft Gesetzes nicht zustehe, könne sie eine Entschädigung nicht verlangen. Zwar hat der Conseil d'Etat im Jahre 1952 ausgesprochen,²⁰⁾ daß auch beim Fehlen eines Rechtsanspruchs auf Unterhalt eine Entschädigung angebracht sein könne, wenn der Tod

17) Cass.crim. vom 8.4.1938, Gaz.Pal.1938.II.69; Cass.civ. vom 28.11.1938, D.H.1939,97; Cass.civ. vom 30.4.1939, Gaz.Pal.1939.II.268; Cass.civ. vom 23.5.1939, Gaz.Pal.1939.II.268; Cass.crim. vom 6.11.1940, D.H.1940,210; Cass.crim. vom 2.7.1941, Gaz.Pal. 1941.II.369; Cass.civ. vom 22.2.1944, D 1945.I.293 m.Anm. FLOUR, Gaz.Pal.1944.I.239; Trib.civ. DOUAI v. 4.11.1938, S 1939.II.86; Trib.civ. Avignon v. 15.11.1938, D.H.1939,46; Trib.civ. Amiens v. 20.11.1938, Gaz.Pal. 1939.I.39. Die Entscheidung des Trib.civ. Villefranche-sur-Saône vom 25.2.1948 gab der Konkubine zwar einen Anspruch auf Erstattung der Beerdigungskosten, wies aber im übrigen die Klage ab, D 1949.II.199; vgl. ferner Nancy v. 20.10.1949, Gaz.Pal.1950.I.6 und Limoges v. 27.2.1950, S 1951.II.81.

18) MAZEAUD-TUNC aaO. Nr.282; MARTY-RAYNAUD aaO. Nr.681.

19) Conseil d'Etat, Entsch.v. 11.5.1928, Gaz.Pal.1928.II.231, abgedruckt mit dem Antrag des Vertreters der Regierung, ANDRIEUX, und einer zustimmenden Anmerkung von HAURIOU, in welcher dieser eindringlich auf die Gefahren der Anerkennung einer "mariage de second zone" hinweist, in S 1928.III.98.

20) Conseil d'Etat, Entscheidung vom 15.6.1952 (Frau, die bisher ihren Bruder gepflegt und versorgt hatte, wurde von Militärfahrzeug überfahren, Bruder erhielt vom Fiskus Entschädigung), S 1953.I.55 = D 1952,549 m. Anmerkung MORANGE.

des Unfallopfers „troubles graves à les propres conditions d'existence" des Klägers gebracht habe²¹⁾, eine Entscheidung aus dem Jahre 1955²²⁾ hat aber klargestellt, daß diese Ausnahme nicht zugunsten der Konkubine gilt, da deren Stellung von der Rechtsordnung nicht geschützt werde. Dem Standpunkt der französischen Gerichte hat sich auch die Rechtsprechung in Belgien²³⁾ angeschlossen. Auch sie geht davon aus, daß die union libre als „état essentiellement précaire" der Konkubine keinerlei Rechte gegen Dritte verleihen könne. Für den Verlust der Vorteile, die ihr das Zusammenleben mit dem Partner gebracht habe, könne sie keine Entschädigung verlangen, weil diese Vorteile "illégitimes" seien und ihre Grundlage in einer "situation contraire aux règles du droit civil" hätten.²⁴⁾ Man kann zwar grundsätzlich davon ausgehen, daß die Entwicklung der französischen Rechtsprechung zu dieser Frage mit der Doktrin von dem Erfordernis eines "intérêt légitime juridiquement protégé" zu einem Abschluß gekommen ist²⁵⁾, doch ist andererseits nicht zu verkennen, daß einige Entscheidungen des letzten Jahrzehnts eine etwas liberalere Tendenz in der Beurteilung der unions libres anzudeuten scheinen. Hier ist ein Urteil der Cour de Paris aus dem

-
- 21) Warnender Hinweis auf die Notwendigkeit einer Einschränkung dieses Grundsatzes bei MORANGE, La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative, D 1953, chron. 27 ff.
- 22) Entsch. des Conseil d'Etat vom 21.10.1955, S 1956, 139 mit Stellungnahme des Regierungsvertreters GUIONIN, s. auch D 1956, 139 m.Anm. MORANGE. In diesem Fall bestand die union libre seit 14 Jahren; aus ihr waren 2 Kinder hervorgegangen. Die Begründung lehnt sich an die Rechtsprechung des Kassationshofs an: die Klägerin "ne se trouvait pas dans une situation juridiquement protégée".
- 23) H. de PAGE, Traité élémentaire de Droit Civil Belge, Bd. I 3. Aufl. (1962) Nr. 1122, vgl. insbes. auch Cour d'Appel Bruxelles, Urt. vom 12.4.1944, Rev. crit. jur. Belge 1947, 113 m.Anm. VAN RYN; Liège, Urt. v. 24.10.1950, zit. bei MAZEAUD-TUNC aaO. Nr. 283 Note 17.
- 24) Cour d'Appel Bruxelles aaO.
- 25) TOULEMON-MOORE aaO. 40; MAZEAUD-TUNC aaO. Nr. 283.

Jahre 1957 zu nennen²⁶⁾, das viel Beachtung fand. Es gab der Schadensersatzklage einer Konkubine, die ihren Partner und Ernährer durch einen Unfall verloren hatte, mit der Erwägung statt, die Beziehungen der Beteiligten (sie hatten einander die Ehe versprochen, die Frau war jedoch noch mit einem anderen Mann verheiratet) würden vermutlich zu einer späteren Ehe geführt haben und hätten "ein Band der Zuneigung und gemeinsamer Interessen" entstehen lassen, das mit einer legitimen Ehe vergleichbar sei. Das gleiche Gericht hat ein Jahr später einer Konkubine einen Anspruch auf Entschädigung für den "préjudice moral" zugesprochen, den ihr der Unfalltod des Partners verursacht habe.²⁷⁾ Es meint, das langjährige gemeinsame Leben, die Geburt von 5 Kindern und die regelmäßige Fürsorge des Partners hätten ein "élément d'affection" zwischen den Beteiligten geschaffen, dessen brutale Zerstörung durch den Unfalltod des einen Teils „en dehors de tout lien légal“ einen Ersatz des immateriellen Schadens rechtfertige. Beide Entscheidungen wurden scharf angegriffen.²⁸⁾ Das Urteil vom 21.1.1957 hat der Kassationshof inzwischen aufgehoben²⁹⁾ und damit seine bisherige ständige Rechtsprechung erneut bestätigt.

Immerhin hat jedoch die Chambre criminelle in einigen neueren Entscheidungen Schadensersatzansprüche bejaht, obwohl zur Zeit des Unfalls ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch des klagenden überlebenden Partners gegen den Getöteten nicht bestand: So hat sie in einem Urteil vom 16.12.1954³⁰⁾ eine Entschädigungspflicht bejaht, obwohl

26) Urt.v. 21.1.1957, JCP 1957.II.9950.

27) Cour de Paris v. 10.5.1958, Gaz.Pal.1958.II.32.

28) so von H.u.L. MAZEAUD, Obligations en général et responsabilité civile, Rev.trim.dr.civ. 1957,333; LESTANG, JCP 1957.II.9950; H.u.L. MAZEAUD, Rev.trim.dr.civ. 1958, 601 f. meinen, die Cour de Paris "aspire au titre de défenseur de la concubine".

29) Cass.crim. vom 26.6.1958, Rev.trim.dr.civ. 1958,601 = Gaz.Pal. 1958.II.161.

30) Cass.crim. vom 16.12.1954, JCP 1955.II.8505; vgl. dazu auch LESTANG, JCP 1957.II.9950.

die Klägerin mit dem Getöteten nicht verheiratet war. Beide lebten seit Jahren zusammen; sie hatten ein gemeinsames uneheliches Kind, ein zweites wurde erwartet. Ausschlaggebend war wohl, daß in sechs Tagen die Hochzeit stattfinden sollte - das Aufgebot hing bereits im Rathaus aus. Ein ähnlicher Fall lag der Entscheidung der Chambre criminelle vom 5.1.1956³¹⁾ zugrunde. Auch hier ereignete sich der Unfall wenige Tage vor der geplanten Hochzeit; das Aufgebot hing schon aus und sogar das Hochzeitssessen war bereits bestellt. Entscheidend ist hierbei gewesen, daß zur Zeit des schadenstiftenden Ereignisses der Entschluß zur Eheschließung gefaßt und durch einwandfrei beweisbare Vorbereitungshandlungen "ins Werk gesetzt" war. Dagegen kann eine zeitlich nach der Verletzungshandlung liegende Eheschließung der Konkubine nicht mehr zu einer Rente verhelfen: Die Klage einer Konkubine, die ihren Partner 8 Tage nach dem Unfall und wenige Tage vor seinem durch die Verletzung bedingten Tode heiratete, wurde abgewiesen.³²⁾ Zu erwähnen ist schließlich die Entscheidung der Chambre criminelle vom 22.11.1956³³⁾. Hier hatten die Partner einer union libre gemeinsam ein Café betrieben. Der Mann wurde das Opfer einer fahrlässigen Tötung. Der Kassationshof bejahte einen Schadensersatzanspruch der Konkubine gegen den Verursacher des Unfalls, ohne sich indessen ausdrücklich von seiner seit 1937 unveränderten ständigen Rechtsprechung zu distanzieren. Er betonte ausdrücklich, der Konkubine werde nicht der Schaden ersetzt, den sie durch den Verlust ihres "Lebensgefährten" oder "Ernährers" etwa erlitten hätte, vielmehr

31) Cass.crim. vom 5.1.1956, JCP 1956.II.9146, hierzu LESTANG, JCP 1957.II.9950. Einen Rentenanspruch der Konkubine in einem ähnlichen Fall bejahte auch das Schweizer Bundesgericht (zit. bei BAUMANN aaO. 129). Allerdings war dort Art.2 des schweizerischen Eisenbahnhaftpflichtgesetzes maßgebend, das nicht auf eine gesetzliche Alimentationspflicht, sondern auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung abstellt.

32) Trib.civ. Rouen, Entsch.v. 8.11.1954, Gaz.Pal.1955, I,199.

33) Cass.crim. vom 22.11.1956, D 1957, somm.75; dazu H. u.L. MAZEAUD, Rev.trim.dr.civ. 1957,333.

solle sie lediglich für die Nachteile entschädigt werden, die der Wegfall des Teilhabers und Mitgesellschafters für den Geschäftsbetrieb mit sich bringe (Das Gericht hatte den gemeinsamen Betrieb des Cafés als faktische Gesellschaft gewertet.). Der Leser dieser Entscheidung ist indessen nicht ganz überzeugt, daß das Gericht ebenso entschieden hätte, wenn es sich bei den Beteiligten um Mitinhaber eines Geschäfts gehandelt hätte, zwischen denen es keinerlei persönliche Beziehungen gab. Vielmehr lassen die letztgenannten Entscheidungen den Eindruck entstehen, daß die Chambre criminelle an der seit dem Jahre 1937 herrschenden Doktrin jedenfalls dann nicht unbedingt festhält, wenn starke Billigkeitsmomente für eine Entschädigung der Konkubine sprechen.

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte seit 1937 erscheint demgegenüber außerordentlich konsolidiert³⁴⁾ und hat auch in der Lehre einhellige Zustimmung gefunden.³⁵⁾ Es bleibt abzuwarten, ob die erwähnten Entscheidungen der Chambre criminelle Einzelfälle bleiben, in denen zur Vermeidung besonderer Härten einmal von den nach wie vor gültigen Grundsätzen abgewichen wurde, oder ob sie Vorboten eines neuerlichen Trends zu einer "liberaleren" Einstellung gegenüber den unions libres sind.³⁶⁾

Dem englischen Recht ist ein Schadensersatzanspruch der überlebenden Konkubine gegen den Verursacher des tödlichen Unfalls ihres Partners unbekannt.³⁷⁾ Sect.2 der Fatal Accidents Act von 1846 ("Lord Campbell's Act") nannte als Berechtigte zunächst nur Ehegatten, Kinder und

34) sie halten an dem Erfordernis der "lésion certaine d'un intérêt juridiquement protégé" als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs fest, vgl. zuletzt Nîmes, Entsch.v. 6.4.1959, D 1959, somm.105.

35) Für viele MARTY-RAYNAUD aaO. Nr.681; COLIN-CAPITANT, aaO. Nr. 1327; PLANIOL-RIPERT-ROUAST aaO. Nr.79, Note 2; H.,L.u.J. MAZEAUD aaO. Nr.706.

36) Vgl. hierzu die Bemerkungen von LESTANG, JCP 1957.II, 9950.

37) MAYNE & MCGREGOR on Damages, 12.Aufl. (1961) Nr.805; STREET, Principles of the Law of Damages, (1962), 148; MUNKMAN, Damages for personal injuries and death, 2. Aufl. (1950), 99.

Eltern des Verstorbenen. Der Kreis dieser Personen wurde wurde zwar durch Änderungen des Gesetzes in den Jahren 1934 und 1959 ³⁸⁾ erheblich erweitert, so daß heute auch Großeltern, Enkel, uneheliche und Stiefkinder, Geschwister und verschwägte Personen entsprechenden Grades Ansprüche geltend machen können, sofern sie nachweisen, daß sie von dem Getöteten zu dessen Lebzeiten unterhalten wurden. Die Aufzählung der in Betracht kommenden "dependants" in der Fatal Accidents Act ist jedoch enumerativ ³⁹⁾ und sieht einen Anspruch der Konkubine nicht vor. Es ist auch nicht ersichtlich, daß ein solcher Fall die englische Rechtsprechung beschäftigt hätte.

Nach schwedischem Recht hat die Konkubine gleichfalls keinen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen, der den Tod ihres Partners verschuldet hat. ⁴⁰⁾ Ein Gesetz aus dem Jahre 1947 stellt allerdings die Konkubine hinsichtlich der Versorgungsansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung einer Witwe gleich, wenn die eheähnliche Gemeinschaft zur Zeit des tödlichen Arbeitsunfalls des Partners schon mehrere Jahre bestanden hatte. ⁴¹⁾

In Deutschland findet die Beachtung, die der Frage der "Witwenrente" für die überlebende Partnerin einer "wilden Ehe" in Frankreich geschenkt wurde, keine Parallele. Dies erklärt sich einmal aus der geringeren Verbreitung eheähnlicher Verhältnisse in Deutschland, zum anderen aber aus der ganzen Systematik unseres Schadensersatzrechts, die von der des französischen Rechts unterscheidet. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt im Grundsatz keinen Ersatz des mittelbaren Schadens. Im allgemeinen

38) durch die Law Reform- (Miscellaneous Provisions-) Act 1934 und die Fatal Accidents Act von 1959, vgl. MAYNE & MCGREGOR aaO.; MUNKMAN aaO. 98.

39) MAYNE & MCGREGOR aaO.; STREET aaO.; MUNKMAN aaO.

40) FOLKE SCHMIDT, Legal devices to promote marriage stability, Revista del Instituto de Derecho Comparado (1957) S. 668.

41) FOLKE SCHMIDT aaO.

hat nach deutschem Recht nur der Träger des verletzten Rechtsguts selbst einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger. Eine Ausnahme macht § 844 BGB nur für Personen, denen der Getötete kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war..

Was in Frankreich mit dem Erfordernis der Verletzung eines "intérêt juridiquement protégé" erst im Laufe der Zeit von der Rechtsprechung herausgebildet wurde, ist hier bereits in das Gesetz aufgenommen: Nur der Verlust eines einklagbaren, vom Gesetz geschützten Rechts auf Unterhalt begründet einen einklagbaren Schadensersatzanspruch gegen den Dritten. Eine gesetzliche Unterhaltspflicht aber wird, wie oben bereits erwähnt, durch eine "wilde Ehe" nicht begründet, sodaß der überlebenden Konkubine nach deutschem Recht ein Schadensersatzanspruch nicht zusteht. Als Ausnahmenvorschrift ist § 344 BGB einer erweiternden Auslegung oder analogen Anwendung nicht zugänglich.⁴²⁾ Hinterbliebene, die aufgrund der §§ 1360 ff., 1601 ff. oder nach § 1708 BGB Unterhalt verlangen konnten, durften mit einiger Sicherheit darauf vertrauen, daß sie - wäre der Unterhaltspflichtige nicht verstorben - auch in der Zukunft in den Genuß seiner Unterhaltsleistungen gelangt wären. Hätte der Verpflichtete nicht aus freien Stücken geleistet, hätten diese Berechtigten jederzeit die Hilfe der Gerichte in Anspruch nehmen können.

Anders steht es - wie ausgeführt - um die Leistungen, die der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft dem anderen gewährt: Trennt sich der Mann eines Tages von seiner Konkubine und versagt er ihr die bisher gewährte Unterstützung, ist sie dagegen völlig machtlos und ungeschützt. Während die durch § 844 BGB geschützten Personen durch den Tod des Unterhaltspflichtigen einen gesetzlichen Anspruch, ein notfalls unter Einsatz staatlicher Zwangsmittel realisierbares Recht auf eine auch ihrem Umfang nach exakt bestimmbare Leistung verlieren, hätte die

42) so namentlich BGHZ 7,30 ff.; DERSCH, BB 1952, 891.

Konkubine, selbst wenn ihr Partner noch lebte, lediglich eine tatsächliche Chance, eine durch sein bisheriges Verhalten mehr oder weniger begründete Erwartung, auch künftig, von ihm unterhalten zu werden. Wie sich der Verstorbene in Zukunft verhalten hätte, läßt sich mit Sicherheit nicht voraussagen. Mag auch der überlebenden Partnerin - namentlich bei einer seit langer Zeit bestehenden "Lebensgemeinschaft" - das Vertrauen auf den Verstorbenen als eine bessere Garantie für die künftige wirtschaftliche Existenz erschienen sein, als mancher titulierte Unterhaltsanspruch gegen einen böswilligen und arbeitsscheuen Ehemann, so bleibt es doch unumgänglich, sich an eindeutig erkennbare, objektiv nachprüfbare und beweisbare Kriterien zu halten, wenn man Rechtssicherheit und eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung auf diesem Gebiet nicht einer unberechenbaren Billigkeitsjustiz opfern will. Voraussagen läßt sich mit hinreichender Sicherheit nur, was ein kraft Gesetzes Unterhaltspflichtiger in Zukunft hätte leisten müssen, nicht aber, was er aufgrund einer bloßen "moralischen Verpflichtung" aus freien Stücken geleistet hätte, zumal sich die Voraussage bei der Ermittlung des Schadens ja meist auf einen recht langen Zeitraum - 10, 20 oder gar 40 Jahre - erstrecken müßte. Als praktisch brauchbares Kriterium kommt somit nur das Vorliegen einer gesetzlichen Unterhaltspflicht in Betracht. Die Beschränkung des Kreises der Ersatzberechtigten auf die Gläubiger gesetzlicher Unterhaltsansprüche erscheint daher geboten und gerechtfertigt.

Auch in Fällen, wie sie den letztgenannten Entscheidungen des französischen Kassationshofes zugrundelagen, ist im System des deutschen Schadensersatzrechts für einen Entschädigungsanspruch der ihres "Ernährers" beraubten Konkubine kein Platz. Es ist auch - soweit ich sehe - zu veröffentlichten Entscheidungen deutscher Gerichte über derartige Ansprüche nicht gekommen.

§ 12 Das eheähnliche Verhältnis im Mietrecht.

1. Wird ein eheähnliches Verhältnis in einer Mietwohnung unterhalten, in die der Mieter seinen Partner aufgenommen hat, so erblickt der Vermieter darin häufig eine "erhebliche Belästigung", aus der er das Recht herleitet, nach § 2 MSchG Aufhebung des Mietverhältnisses zu verlangen.¹⁾ Die Gerichte sind wiederholt mit derartigen Klagen befaßt worden, ohne daß sich dabei eine einheitliche Rechtsprechung herausgebildet hätte.²⁾ Immerhin lassen sich aus den veröffentlichten Entscheidungen einige gemeinsame Grundgedanken ableiten:

Als "erhebliche Belästigung" für den Vermieter wird eine "wilde Ehe" des Mieters nur dann angesehen werden können, wenn sie nach außen in auffallender und ärgerniserregender Weise in Erscheinung tritt. Grundsätzlich gehören die persönlichen Verhältnisse des Mieters in seine private Sphäre, und es ist nicht Sache des Vermieters, sie nach sittlichen Maßstäben zu bewerten. Wenn der Mieter unauffällig und zurückgezogen eine eheähnliche Gemeinschaft unterhält, wird dies für den Vermieter kaum in

1) Die den folgenden Erörterungen zugrundeliegenden Vorschriften des Mieterschutzgesetzes sind nur noch für begrenzte Zeit von Bedeutung: Gem. § 54 MSchG tritt dieses Gesetz mit Ablauf des 31.12.1965, in den sog. "weißen Kreisen" schon vor diesem Zeitpunkt außer Kraft.

2) Eine "erhebliche Belästigung" des Vermieters durch eine "wilde Ehe" des Mieters haben bejaht:

LG Hannover, Urt.v. 9.7.1955, GruBo 1956, 79;
LG Bonn, Urt.v. 26.4.1957, ZMR 1957, 365;
LG Traunstein, Urt.v. 22.5.1957, ZMR 1958, 224;
LG Duisburg, Urt.v. 5.8.1954, MDR 1955, 480;
LG Augsburg, Urt.v. 23.8.1957, ZMR 1958, 225.

Nur unter der Voraussetzung, daß das Konkubinat auffallend und ärgerniserregend in Erscheinung tritt, wird eine "erhebliche Belästigung" bejaht von

AG Berlin-Zehlendorf, Urt.v. 25.7.1958, WM 1958, 166;
LG Kassel, Urt.v. 1.12.1955, GruBo 1957, 208;
LG Lübeck, Urt.v. 20.7.1956, ZMR 1957, 235.

Verneint haben eine "erhebliche Belästigung" des Vermieters durch eine "wilde Ehe" in der Mietwohnung

erheblichem Umfang als Belästigung in Erscheinung treten. Die Wohnung ist für den Mieter grundsätzlich, wie es das AG Kiel³⁾ formuliert hat, "seine Burg", in der er sich sein Leben so einrichten kann, wie es ihm gefällt, sofern er dadurch seine Nachbarn nicht greifbar belästigt.

Erregt dagegen das außereheliche Zusammenleben den Unwillen der Umwelt, insbesondere der Nachbarn, und leidet damit auch der Ruf des Hauses, so wird dem Vermieter freilich ein berechtigtes Interesse an einer Beseitigung dieses Zustandes zuzubilligen sein. Ihm kann nicht zugemutet werden, in seinem Hause ein Verhalten zu dulden, das von der Umwelt als ärgerniserregend empfunden und als dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit zuwiderlaufend ernsthaft mißbilligt wird.⁴⁾

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, wird im Einzelfall sehr sorgfältig geprüft werden müssen, wobei es sehr wesentlich auf die gesamten Umweltverhältnisse, namentlich aber darauf ankommt, ob die Beteiligten in der anonymen und weitgehend indifferenten Atmosphäre einer Großstadt oder aber in einer Kleinstadt bzw. auf dem Lande leben.⁵⁾ Ähnlich verfährt auch die französische Praxis: Die französischen Gerichte erkennen ein Konkubinat des Mieters als Kündigungsgrund nur an, wenn das Verhalten der Konkubanten von den Nachbarn erwiesenermaßen als Skandal empfunden wird.⁶⁾

LG Kassel, Urt.v. 28.2.1957, WM 1957, 72;
LG Köln, Urt.v. 6.3.1956, ZMR 1956, 378 und
AG Kiel, Urt.v. 31.10.1949, WM 1950 Nr.4

- 3) AG Kiel aaO.; die Erörterungen des Gerichts über den Stand des allgemeinen sittlichen Empfindens verdienen allerdings keinen Beifall und haben berechnete Kritik erfahren, z.B. bei KÜSTER, JZ 1951, 91 und GLASER, JR 1951, 141.
- 4) Das LG Wiesbaden qualifizierte das ständige Zusammenleben einer geschiedenen Frau mit einem verheirateten Mann als anstößig und als vertragswidrigen Gebrauch der gemieteten Wohnung. Es bejahte einen Unterlassungsanspruch des Vermieters gegen die Frau gem. § 550 BGB und gegen ihren Partner nach §§ 903, 1004 BGB (ZMR 1954, 296 m.Anm. GLASER; auszugsweise auch MDR 1954, 166)
- 5) so auch ROQUETTE, Mietrecht (3.Aufl.), 301 und GLASER aaO.

2. Nach § 19 MSchG steht beim Tode des Mieters dessen "Familienangehörigen" ein Recht zum Eintritt in den Vertrag zu, wenn sie zur Zeit des Todes des Mieters zu dessen "Hausstand" gehört haben. Die Vorschrift will verhindern, daß die Haus- und Familiengemeinschaft des Mieters bei dessen Tode plötzlich obdachlos wird. Die Gerichte hatten mehrfach zu entscheiden, ob der überlebende Partner einer "wilden Ehe" als "Familienangehöriger" im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist und als solcher in die Rechte und Pflichten aus dem vom verstorbenen Partner begründeten Mietverhältnis eintritt.

Eine entsprechende Vorschrift des österreichischen Rechts aus dem Jahre 1929⁷⁾ gab neben dem Ehegatten und bestimmten Verwandten auch der "Wirtschaftsführerin"⁸⁾ des verstorbenen Mieters ein Eintrittsrecht in das Mietverhältnis, wenn sie seit mindestens zwei Jahren in seinem Haushalt lebte. Diese Bestimmung wurde aber im Jahre 1939 im Zuge der Angleichung an das deutsche Recht wieder aufgehoben. Nach widersprechenden Entscheidungen der unteren Gerichte stellte der Oberste Gerichtshof⁹⁾ im Jahre 1949 fest, daß die "Lebensgefährtin" nicht zu den "Familienangehörigen" im Sinne der Kündigungsschutzverordnung gehöre.

In Frankreich hat aufgrund der Gesetze vom 1.4.1926 und vom 1.9.1948¹⁰⁾ eine Person, die längere Zeit mit dem Mieter in dessen Wohnung zusammenlebte und von ihm unter-

6) ESMEIN aaO. Nr.73 mit weiteren Nachweisen.

7) Novelle zum Mietengesetz vom 14.7.1929; hierzu PIEGLER, FamRZ 1955, 244.

8) Der Begriff der "Wirtschaftsführerin" spielt in Österreich auch im Recht der Rentenversicherung eine Rolle und wird in § 3 Abs.2 Ziff.5 des Angest.-Vers.-Ges. definiert als eine "Person, die seit mindestens 8 Monaten ununterbrochen in der Hausgemeinschaft des oder der unmittelbar Versicherten lebt und mindestens seit dieser Zeit unentgeltlich die Hauswirtschaft führt."

9) Entsch.v. 21.12.1949, zit. bei PIEGLER aaO. 245.

10) D.P. 1926.IV.113 und D 1948,300; D 1949,93.

halten wurde ("personne à sa charge")¹¹⁾, das Recht, nach dessen Tode das Mietverhältnis fortzusetzen.¹²⁾ Die Eigenart dieser Regelung führt in der Praxis zu einer sicher unbeabsichtigten Differenzierung nach dem sozialen Status der Beteiligten: Die Konkubine eines vermögenden Mannes, die von diesem unterhalten wird, hat im Mietrecht die günstige Stellung einer "personne à charge", während die Partnerin, die selbst durch eigene Arbeit zum Unterhalt des "faux ménage" beiträgt, als nicht vom Mieter "unterhaltene" Person nicht in den Geltungsbereich der genannten Vorschriften fällt. Einige Entscheidungen haben sogar einen Eintritt der Konkubine in das Mietverhältnis ihres Partners aufgrund eines Vermächnisses desselben anerkannt. Dies wurde damit begründet, daß mit dem Tode des Mieters mit allen sonstigen Rechten und Pflichten des Mieters auch die Rechte aus dem Mietvertrag auf die Erben übergegangen seien, sodaß der Mieter auch nicht gehindert sein könne, durch Testament oder Vermächtnis zugunsten einer bestimmten Person darüber zu verfügen. Das müsse um so mehr gelten, als es ein berechtigtes Anliegen des Testators sei, nach seinem Tode dem Lebensgefährten den Besitz der bisherigen gemeinsamen Wohnung zu erhalten.¹³⁾ Ganz ähnliche Erwägungen finden sich in einem Urteil des LG Lüneburg aus dem Jahre 1953.¹⁴⁾ Das Landgericht hat § 19 MSchG bei Verlobten angewandt, die in eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebten und führt zur Begründung aus, die "wilde Ehe" habe zwischen den Beteiligten eine "familienähnliche Gemeinschaft" geschaffen und die Partnerin habe zum "Hausstand" des verstorbenen

11) zum Begriff der "personne à charge" vgl. THÉRY, Les personnes à charge et le droit de la famille, JCP 1948.I.739.

12) Näheres bei CHEVROT- PETTITI, Législation sur les baux à loyers, CONDITIONS S.10 ff.

13) Cour de Paris, Entsch.v. 21.5.1951, zit.nach CHEVROT- PETTITI aaO.

14) LG Lüneburg, Urt.v.16.1.1953, ZMR 1954, 46.

Mieters gehört.¹⁵⁾ Die Ansicht des LG Lüneburg wird jedoch von dem überwiegenden Teil der Literatur und Rechtsprechung in Deutschland nicht geteilt. KIEFERSAUER-GLASER-BRUMBY¹⁶⁾ halten ein Eheversprechen oder das rein faktische Zusammenleben nicht für ausreichend, um für den Partner den Status eines in den Hausstand des verstorbenen Mieters aufgenommenen Familienangehörigen zu begründen.¹⁷⁾ BETTERMANN¹⁸⁾ wendet sich ausdrücklich gegen die Anwendung des § 19 MSchG auf Verlobte, da es der Sitte widerspreche, daß diese zusammenwohnen und die ratio legis daher ihre Einbeziehung nicht decke. Was für Verlobte gilt, müßte dann umso mehr für Personen gelten, die zusammenleben ohne auch nur verlobt zu sein. Auch das LG Wiesbaden¹⁹⁾ meint, zum Kreis der Familienangehörigen dürften nur die durch Ehe oder Verwandtschaft verbundenen Personen gezählt werden. Wenn man den § 19 MSchG auf Konkubanten anwende, räume man diesen unzulässigerweise die rechtliche Stellung von Ehegatten ein.

Auf dem gleichen Standpunkt steht die englische Rechtsprechung.²⁰⁾ Der Mann, mit dem die Mieterin in einem eheähnlichen Verhältnis lebte, kann sich nicht auf den Mieterschutz für "Familienangehörige" berufen, wenn

-
- 15) Nach HANS, Kommentar zum MSchG, § 19 Anm.2 setzt die Zugehörigkeit zum Hausstand des Mieters "Beteiligung am häuslichen Leben des Mieters in der Weise" voraus, daß "Haushalt und Wohnung des Mieters Mittelpunkt der Lebensinteressen des Angehörigen" waren. Bei einem eheähnlichen Verhältnis sind diese Bedingungen in aller Regel erfüllt.
- 16) Grundstücksmitte, 8.Aufl.(1958), Anm.78 zu § 19 MSchG.
- 17) Ebenso für das öffentliche Wohnungsrecht der Bayer. Verwaltungsgerichtshof, DÖV 1950, 62.
- 18) BETTERMANN, Kommentar zum MSchG, Anm. 12 zu § 19.
- 19) LG Wiesbaden, Urt.v. 4.3.1955, FamRZ 1955, 262.
- 20) Hierzu F. HONIG, Die englische Rechtsprechung auf dem Gebiete des Zivilrechts 1950/51, RabelsZ Bd.17 (1952) 630.

seine Partnerin stirbt.²¹⁾ Das gleiche gilt, wenn der Mann als Mieter auftritt: Die Konkubine des verstorbenen Mieters ist nicht "Familienmitglied" und genießt keinen Mieterschutz.²²⁾

Dieser Praxis ist zuzustimmen. Nur eine Abgrenzung nach jederzeit zweifelsfrei feststehenden, klar erkennbaren Kriterien trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit hier in ausreichendem Maße Rechnung. Der Vermieter muß sofort eindeutig erkennen können, ob Personen, die der Mieter in seine Wohnung aufnimmt, ggf. einmal die Rechte aus § 19 MSchG zustehen werden oder nicht.

§ 13 Ansprüche auf den "Dreißigsten" aufgrund ehe-ähnlicher Gemeinschaft mit dem Erblasser.

Die zum Haushalt eines Verstorbenen gehörigen und von ihm unterhaltenen Familienangehörigen erscheinen noch an anderer Stelle als Träger besonderer Rechte: Zu ihren Gunsten fingiert § 1969 BGB ein gesetzliches Vermächtnis des Inhalts, daß ihnen die Erben in den ersten 30 Tagen nach dem Eintritt des Erbfalls in dem gleichen Umfang Unterhalt zu gewähren und die Benutzung von Wohnung und Haushaltsgegenständen zu gestatten haben, wie dies auch der Erblasser getan hat. Obgleich der Kreis der begünstigten Personen hier vom Gesetz fast mit den gleichen Worten umschrieben wird, wie in § 19 MSchG (bei § 1969 BGB kommt als zwingendes Erfordernis lediglich hinzu, daß sie auch vom Erblasser unterhalten wurden), wird er von der ganz herrschenden Meinung bei § 1969 weiter gezogen, als im Mieterschutzrecht. Insbesondere gehören zu den "Familienangehörigen" im Sinne dieser Vorschrift nicht nur der Ehegatte und die Verwandten¹⁾ des Erblassers, sondern auch "sonstige Personen, die nach der Auffassung des Lebens wegen ihrer persönlichen Beziehungen zum Erblasser und ihrer tatsächlichen Aufnahme in die

21) Perry v. Dembowski, 2 AllE.R. 50 ff., C.A. (1951).

22) Tinkham v. Perry, 1 AllE.R. 249, C.A. (1950).

1) Gegen eine solche Beschränkung ausdrücklich SOERGEL-SIEBERT, 9. Aufl. (1961), Anm. 1 zu § 1969.

Familiengemeinschaft als zu ihr gehörig angesehen werden."²⁾ Dabei ist es gleichgültig, ob ihnen der Unterhalt vom Erblasser aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtung oder völlig freiwillig gewährt wurde.³⁾

Zweck des § 1969 BGB ist, den Personen, die zum Erblasser in besonders naher Beziehung standen, für 30 Tage einen Anspruch gegen die Erben auf Gewährung aller Vorteile zu geben, die ihnen der Erblasser - würde er noch leben - selbst hätte angedeihen lassen. Todesfälle können plötzlich und unerwartet eintreten; den Haushaltsangehörigen soll daher in jedem Fall eine "Übergangszeit" gesichert werden, in welcher sie ihre Lebensverhältnisse den veränderten Umständen anpassen können. Niemand soll "über Nacht" Unterkunft und Unterhalt verlieren. Es kann im allgemeinen mit Sicherheit angenommen werden, daß der Erblasser dem ihm seit längerer Zeit durch eine "wilde Ehe" verbundenen Partner - trotz der solchen Verbindungen wesenseigenen "Unverbindlichkeit"- jedenfalls während der nächsten Wochen weiter Unterhalt gewährt hätte. Das rechtfertigt es, auch eine Person, die mit dem Erblasser in eheähnlicher Gemeinschaft lebte, zu den "Familienangehörigen" zu rechnen, die durch das in § 1969 BGB fingierte Vermächtnis begünstigt sind.

Dies gilt allerdings nicht in den Fällen, wo bereits die Gewährung von Vorteilen durch den Erblasser zu seinen Lebzeiten nach den an anderer Stelle dargestellten Grundsätzen als Verstoß gegen die guten Sitten anzusehen war, weil sie sich als "pretium stupri" darstellte, oder weil die Partner im Ehebruch⁴⁾ zusammenlebten. § 1969 kann den Erben nicht zur Aufrechterhaltung eines von der Rechtsordnung mißbilligten Zustandes zwingen. Darüberhinaus ist jedoch kein Grund ersichtlich, dem Partner

2) STAUDINGER- LEHMANN, 11. Aufl. (1954), Anm. 4 zu § 1969.

3) so ausdrücklich BRÜHL, Unterhaltsrecht (1960), 210 und ERMAN-BARTHOLOMEYCZIK, 3. Aufl. (1962), Anm. 2 zu § 1969 BGB.

4) Ablehnend zu einem Anspruch der Konkubine aus § 1969 im Fall des Ehebruchs OLG München, HRR 1940, 354.

einer eheähnlichen Gemeinschaft (meist wird es sich um die Frau handeln) den Anspruch auf den "Dreißigsten" zu versagen, wenn die Voraussetzungen des § 1969 BGB gegeben sind.

Bei § 19 MSchG gebot der Eingriff in die Rechte Dritter (sc. des Vermieters) eine strikte Beschränkung des Kreises der Berechtigten auf die "legitimen" Verwandten des Verstorbenen. Die Verpflichtung der Erben aus § 1969 BGB dagegen ist eine Nachlaßverbindlichkeit und wird aus dem hinterlassenen Vermögen des Verstorbenen berichtet. Die dem Erben angesonnenen Leistungen hätte der Erblasser - würde er noch leben - aus der nämlichen Vermögensmasse erbracht. Ein vergleichbarer Eingriff in Rechte "Dritter" liegt also hier nicht vor.

§ 14 Das Konkubinat mit einem Dritten als Verwirkungsgrund für den Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten gemäß § 66 Ehegesetz.

Eine geschiedene Frau lebt mit einem neuen Partner in einer eheähnlichen Gemeinschaft. Der geschiedene Ehemann, der ihr nach §§ 58 ff. EheG eine Unterhaltsrente zu zahlen hat, erfährt davon und macht geltend, die Frau habe ihren Unterhaltsanspruch gem. § 66 EheG verwirkt.

Fälle dieser Art haben wiederholt die Gerichte beschäftigt.¹⁾ Die Verwirkung nach § 66 EheG setzt voraus, daß sich die Unterhaltsberechtigte nach der Scheidung "einer schweren Verfehlung gegen den Verpflichteten schuldig macht oder gegen dessen Willen einen ehrlosen

1) Als Beispiele vgl. RGZ 165, 26 ff.; OLG Schleswig, JR 1950, 733; LG Wiesbaden, FamRZ 1954, 84; LG Duisburg, FamRZ 1954, 251 m. Anm. SCHUMACHER; LG Wiesbaden, FamRZ 1955, 23; AG Köln, MDR 1959, 1013; BGHZ 31, 211 ff. = FamRZ 1960, 110 ff.; LG Krefeld, FamRZ 1962, 27 m. Anm. HABSCHEID;
Österr. OGH SZ VIII, 117; SZ XIX, 331; SZ XX, 83;
SZ XXII, 119; SZ XX, 193; SZ XXVII, 134 = SpR Nr. 38
= FamRZ 1955, 76; ÖJZ 1962, EvBl. Nr. 185.

oder unsittlichen Lebenswandel führt." Das gilt auch in Österreich, dessen einschlägige Vorschrift (§ 74 des Ehegesetzes) mit § 66 des deutschen EheG wörtlich übereinstimmt. Die österreichische Rechtsprechung wendet aber diese Vorschrift in den hier interessierenden Fällen nicht an, da nach der heute „überwiegenden Auffassung in dem Eingehen einer "Lebensgemeinschaft" an sich nichts Sittenwidriges mehr erblickt werden"²⁾ könne. Auf die Sittenwidrigkeit allein kommt es indessen gar nicht an. Aus der Gleichstellung des "unsittlichen Lebenswandels" mit schweren Verfehlungen gegen den Verpflichteten und dem zusätzlichen Erfordernis, daß dieser Lebenswandel gegen den Willen des Verpflichteten geführt wird, ergibt sich, daß ein anstößiges Verhalten als Verwirkungsgrund nur in Frage kommt, wenn dadurch die Interessen des unterhaltspflichtigen Gatten betroffen werden.³⁾

§ 66 EheG ist keine dum-casta-Klausel, wie sie einzelne Rechtsordnungen kennen; er verlängert die eheliche Treuepflicht nicht über den Zeitpunkt der Scheidung hinaus, sondern will den Belangen des Unterhaltspflichtigen „nur insoweit Rechnung tragen, als diesem nicht zugemutet werden soll, die Beschmutzung seiner Familienehre durch einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel hinzunehmen und trotzdem eine auf der früheren Ehe beruhende Unterhaltspflicht zu erfüllen."⁴⁾ So hat der Bundesgerichtshof betont, daß sich die geschiedene Frau "im Interesse der Familienehre ihres geschiedenen Mannes unter ländlichen oder kleinstädtischen Verhältnissen wesentlich mehr Zurückhaltung auferlegen muß, als unter groß- und weltstädtischen" und zugleich ausgesprochen, in einer Großstadt werde ein geschiedener

2) Österr. OGH, SZ XXVII, 134 = FamRZ 1955, 76.

3) so PALANDT-LAUTERBACH, Anm. 2 zu § 66 EheG; BGH in MDR 1953, 155; BRÜHL, Unterhaltsrecht (1960) 245.

4) BGHZ 31, 216 = FamRZ 1960, 112.

Ehemann dadurch, daß die außerehelichen Beziehungen seiner geschiedenen Ehefrau zu einem anderen Manne zur Kenntnis Dritter kämen und von diesen mißbilligt würden, in seinem Ansehen in seiner Umgebung nicht so schwer getroffen, daß es gerechtfertigt wäre, ihn deswegen von den ihn treffenden Folgen der von ihm verschuldeten Scheidung freizustellen.⁵⁾ Schon das Reichsgericht hat entschieden, daß eine Verwirkung nicht eintritt, wenn die geschiedene Frau "still und zurückgezogen, unauffällig und ohne Anstoß zu erregen" mit einem Mann zusammenlebt.⁶⁾

Ähnlich wie bei der bereits erörterten Frage, wann ein Konkubinat des Mieters eine unzumutbare Belästigung für den Vermieter darstellt, kommt es darauf an, ob die außereheliche Lebensgemeinschaft unliebsames Aufsehen in der Umwelt erregt. Nicht das sittlich fehlsame Verhalten an sich bildet den eigentlichen Grund der nach § 66 EheG eintretenden Verwirkung, sondern die Auswirkungen eines solchen Verhaltens auf die Interessen des geschiedenen Ehemanns, insbesondere auf sein Ansehen in Umwelt und Öffentlichkeit.⁷⁾ § 66 EheG dient dem Schutz des unterhaltspflichtigen Teils, nicht aber zur Erzwingung des sittlichen Wohlverhaltens geschiedener Eheleute. Hätte das Gesetz in erster Linie den geschiedenen Ehegatten für seine unsittliche Lebensführung "bestrafen" wollen, wäre die Sanktion des § 66 EheG nicht davon abhängig gemacht worden, daß der anstößige Lebenswandel gegen den Willen des Unterhaltspflichtigen geführt wird.⁸⁾

Dies ist auch der Kritik von HABSCHEID⁹⁾ entgegenzuhalten, die der Rechtsprechung vorwirft, sie prämiere das

5) BGH aaO. 217.

6) RGZ 165, 29.

7) LÜDTKE, MDR 1954, 588.

8) So auch LÜDTKE aaO.

9) HABSCHEID, Anm. zu LG Krefeld, FamRZ 1962, 27 und 263 ff.

Raffinement, mit dem eine Frau ihr unsittliches Verhalten tarne und unterscheide zu Unrecht zwischen einer "Großstadtmoral" einerseits und einer "Dorf- und Kleinstadtmoral" andererseits. Ob eine Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen des unterhaltspflichtigen Gatten vorliegt, läßt sich letztlich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden. "Absolute Verwirkungsgründe" lassen sich aus den bisher veröffentlichten Entscheidungen nicht ableiten. Weder ein Konkubinat der unterhaltsberechtigten Frau mit einem verheirateten Mann noch die Geburt eines Kindes aus einer solchen Verbindung führen unbedingt zu einer Anwendung des § 66 EheG.¹⁰⁾

Indessen kann der frühere Ehemann nicht nur durch eine Beeinträchtigung seines Ansehens, sondern auch in anderer Weise in seinen berechtigten Interessen getroffen werden. Dies wird insbesondere angenommen, wenn die geschiedene Frau ein inzwischen eingegangenes eheähnliches Verhältnis gerade deswegen nicht in eine legitime Ehe verwandelt, um die Unterhaltsansprüche gegen ihren früheren Gatten nicht zu verlieren.¹¹⁾ Die Verletzung schutzwürdiger Interessen des Unterhaltspflichtigen, die neben einem von der Sittenordnung nicht gebilligten Verhalten des Unterhaltsberechtigten zum Tatbestand der zweiten Alternative des § 66 EheG gehört, wird darin gesehen, daß dem Unterhaltspflichtigen zugemutet wird, das Konkubinat seines geschiedenen Ehepartners mit einem Dritten zu finanzieren.¹²⁾

10) Das LG Wiesbaden (FamRZ 1955,23) und das AG Köln (MDR 1959,1013) haben unter diesen Umständen eine Verwirkung nach § 66 EheG ohne weiteres bejaht. Dagegen haben der BGH (FamRZ 1960,110), das OLG Schleswig (JR 1950,733) und das LG Duisburg (FamRZ 1954,251 m.abl. Anm. SCHUMACHER) trotz Vorliegens ehebrecherischer Beziehungen § 66 EheG nicht angewandt.

11) So LG Wiesbaden, FamRZ 1954,84; OLG Schleswig, JR 1950,733; LG Krefeld, FamRZ 1962,27; BRÜHL, Unterhaltsrecht, 245 f.; LÜDTKE, MDR 1954,588; GEROLD, Ehegesetz (1950), Anm.7 zu § 66; BEYER, FamRZ 1962,263; RILK, JW 1939,71; BEITZKE, Familienrecht, 10. Aufl. (1962), § 21 B III 6 c und GODIN, Ehegesetz, 2.Aufl. (1950), § 66

Die Bedeutung dieses Arguments liegt neben seiner größeren sachlichen Nähe zur Frage des Unterhalts in der erheblich günstigeren Beweissituation: Die tatsächliche Beeinträchtigung des Ansehens oder der Familienehre des Unterhaltspflichtigen läßt sich nur schwer dartun, während die sittenwidrige Ausnutzung des geschiedenen Gatten zur Finanzierung des Konkubinats evident ist, sobald feststeht, daß der Unterhaltsberechtigte mit einem Dritten ein eheähnliches Verhältnis unterhält und dennoch weiter auf seinem Unterhaltsanspruch besteht.

Das LG Wiesbaden¹³⁾ hat die Verwirkung in solchen Fällen auch aus dem Rechtsgedanken des § 162 BGB hergeleitet, indem es ausführte, die "Bedingung", nämlich die Wiederverheiratung, die gem. § 67 EheG das Erlöschen der Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehemannes zur Folge hätte, werde von der geschiedenen Ehefrau wider Treu und Glauben verhindert. Jede Frau mit einem normalen sittlichen Empfinden sei bestrebt, ein längere Zeit bestehendes intimes Verhältnis in eine Ehe umzuwandeln. Angesichts des § 66 EheG erscheint jedoch ein solcher "Umweg" garnicht erforderlich.

Den Gedanken der unzumutbaren "Finanzierung des Konkubinats mit einem Dritten" stellt auch die Rechtsprechung in Österreich in den Vordergrund. Sie sieht das Unterhaltsbegehren während des Bestehens einer neuen "Lebensgemeinschaft" als sittenwidrig und als einen Verstoß gegen § 879 ABGB an, der etwa dem § 138 BGB entspricht. In einer sogar in das Spruchrepertorium aufgenommenen Entscheidung¹⁴⁾ aus dem Jahre 1954 hat der Oberste Gerichtshof ausgeführt, es widerspreche dem allgemeinen sittlichen Empfinden, daß der geschiedene

12) Diesen Gedanken stellen namentlich BEITZKE aaO. und GODIN aaO. in den Vordergrund.

13) LG Wiesbaden, FamRZ 1954, 84.

14) Entsch. des OGH vom 19.5.1954, SpR Nr.38 = SZ XXVII, 134 = FamRZ 1955, 76.

Ehegatte zu der "Lebensgemeinschaft" seiner geschiedenen Frau mit einem anderen Mann direkt oder indirekt finanzielle Beiträge leisten solle. An dieser Auffassung hat der OGH auch in einer neueren Entscheidung aus dem Jahre 1962 festgehalten.¹⁵⁾

Die österreichische Praxis wendet also nicht den dem § 66 des deutschen EheG entsprechenden § 74 EheG an, sondern sieht lediglich die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs während des Bestehens einer "wilden Ehe" als sittenwidrig an. Das Konkubinat des Unterhaltsberechtigten führt deshalb nicht zu einer Verwirkung, sondern lediglich zu einem **R u h e n** des Unterhaltsanspruchs. Der Unterhaltsanspruch kann nicht geltend gemacht werden, solange der unterhaltsberechtigte Teil mit einem Dritten eine "Lebensgemeinschaft" unterhält, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieser Dritte tatsächlich ganz oder teilweise für den Unterhalt aufkommt oder nicht.¹⁶⁾ Die Kriterien einer "Lebensgemeinschaft" im Sinne dieser Rechtsprechung hat der OGH in seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung genau umschrieben: Danach wird „von einer Lebensgemeinschaft oder einem Konkubinat dann gesprochen, wenn Personen verschiedenen Geschlechts wie Mann und Frau zusammenleben, ohne die Ehe geschlossen zu haben. Es muß sich um einen eheähnlichen Zustand, der dem typischen Fall des ehelichen Zusammenlebens entspricht, handeln. Dazu gehört im allgemeinen die Geschlechts-, Wohnungs- und Wirtschaftsgemeinschaft..." (Urt. v. 18. 1.1962, ÖJZ 1962, EvBl. Nr. 185).

Gegen das bloße **R u h e n** des Unterhaltsanspruchs während des Konkubinats anstelle einer Verwirkung wendet sich BEITZKE.¹⁷⁾ Er meint, damit werde das Konkubinat in unzulässiger Weise als "Ehe auf Zeit" behandelt. Dem läßt sich aber entgegenhalten, daß gerade dann, wenn die "wilde Ehe" zum endgültigen Verlust des

15) OGH, Urt.v. 18.1.1962, ÖJZ 1962, EvBl. Nr.185

16) SCHWIND, Eherecht (1951), Anm.1 zu § 74 EheG sowie die vorgenannten Entscheidungen des söeterr. OGH.

17) Familienrecht, § 21 B III 6 c.

Unterhaltsanspruchs führt, im praktischen Ergebnis kein Unterschied zur Rechtsfolge einer Wiederverheiratung (§ 67 des deutschen, § 75 des österreichischen EheG) besteht, sodaß das Konkubinat dann vollends wie eine Ehe behandelt würde. Der österreichische OGH wollte ja gerade dem Unterschied zwischen einer Ehe und einem Konkubinat dadurch Rechnung tragen, daß er bei der "Lebensgemeinschaft" nur ein Ruhen und nicht - wie bei der Eingehung einer neuen Ehe - ein Erlöschen des Unterhaltsanspruchs annahm.

Eine ungerechtfertigte Besserstellung des Konkubinats gegenüber der Ehe könnte schließlich darin liegen, daß der ruhende Unterhaltsanspruch einer Konkubine wieder auflebt, wenn die "wilde Ehe" aus irgendeinem Grunde beendet wird, während mit der Wiederheirat der Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Gatten endgültig erlischt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die wirtschaftliche Existenz der wiederheiratenden Frau für den Fall, daß die neue Ehe durch Tod des neuen Gatten oder durch Scheidung endet, durch mannigfache gesetzliche Vorschriften gesichert ist: Stirbt der neue Ehepartner, so hat sie nach ihm ein gesetzliches Erbrecht und damit auch einen Pflichtteilsanspruch; vor allem aber Versorgungsansprüche aus der Sozialversicherung bzw. den Anspruch auf eine Witwenpension. Scheitert die neue Ehe ohne Verschulden der wiederheiratenden Frau, so hat sie anstelle des durch die Heirat erloschenen Anspruchs gegen ihren früheren Ehemann nunmehr einen Unterhaltsanspruch gegen ihren zweiten geschiedenen Gatten. Dagegen ist die geschiedene Frau, die - statt wieder zu heiraten - mit einem Dritten eine eheähnliche Gemeinschaft begründet, ganz auf sich gestellt, wenn der Partner der "wilden Ehe" stirbt oder sich eines Tages von ihr lossagt. Durch die Aufnahme des eheähnlichen Zusammenlebens mit einem Dritten erwirbt sie lediglich eine rein tatsächliche Aussicht, von diesem für die ungewisse Dauer dieses Zusammenlebens

unterhalten zu werden, während die wiederheiratende Frau durch die neue Eheschließung eine dauernde rechtliche Sicherung ihrer künftigen wirtschaftlichen Existenz erlangt. Es ist daher sachlich durchaus gerechtfertigt, wenn die österreichische Rechtsprechung den Unterhaltsanspruch der Konkubine, die ja in der "Lebensgemeinschaft" keine auf die Dauer gesicherte Grundlage ihrer wirtschaftlichen Existenz gefunden hat, nur ruhen läßt. Nur solange diese "Lebensgemeinschaft" besteht, macht das „gegenseitige Teilhabenlassen an den zur Bestreitung des Unterhalts, der Zerstreuung und der Erholung dienenden Gütern"¹⁸⁾, das für die eheähnliche Gemeinschaft und für eine Ehe in gleicher Weise typisch ist, die tatsächliche Situation der Konkubine derjenigen einer wiederverheirateten Frau vergleichbar.

Ob das bloße Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft zwischen dem unterhaltsberechtigten geschiedenen Gatten und einem Dritten auch nach deutschem Recht zu einem Ruhen des Unterhaltsanspruchs führen kann, erscheint fraglich. Schließlich ist der Dritte, mit dem die geschiedene Frau eine "wilde Ehe" führt, zu Unterhaltsleistungen an seine Partnerin rechtlich nicht verpflichtet. Freiwillige Zuwendungen Dritter, deren weitere Leistung im Belieben des Dritten steht, sind aber im Unterhaltsrecht grundsätzlich nicht anzurechnen.¹⁹⁾ Auch HOFFMANN-STEPHAN²⁰⁾ meinen, wirtschaftliche Vorteile aus dem Zusammenleben mit einem anderen Mann seien ohne Einfluß auf den Unterhaltsanspruch. Dagegen ist BRÜHL²¹⁾ der Ansicht, solange und soweit die geschiedene Frau von einem neuen Partner, mit dem sie in außerehelicher Gemeinschaft zusammenlebt, alimentiert werde, sei sie nicht unterhaltsbedürftig. Daran ist richtig,

18) Österr. OGH, ÖJZ 1962, EvBl. Nr.185.

19) RGZ 72,199; PALANDT-LAUTERBACH, § 58 EheG Anm.3 und § 1602 BGB Anm.2 .

20) Kommentar z. EheG, § 58 Anm. 4 B a.

21) BRÜHL, Unterhaltsrecht (1960), 129 f.

daß für einen Unterhaltsanspruch nach §§ 58 ff. EheG in gleicher Weise wie für Unterhaltsansprüche nach §§ 1602 ff. BGB vorausgesetzt wird, daß der Berechtigte zum angemessenen Lebensunterhalt der Leistungen des Verpflichteten bedarf. Auch das Reichsgericht hat ausgesprochen, daß bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Frau wirtschaftliche Vorteile, die ihr von einem anderen Mann gewährt werden, berücksichtigt werden müssen.²²⁾ Steht fest, daß die geschiedene Frau von einem Dritten im Rahmen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft ganz oder überwiegend unterhalten wird, dürfte dies als die Bedürftigkeit ausschließend oder mindernd zu berücksichtigen sein. Die Gerichte sollten indessen, wenn sich der Unterhaltspflichtige auf das Bestehen einer "wilden Ehe" zwischen dem Unterhaltsberechtigten und einem Dritten beruft, nicht schlechthin und in jedem Fall unterstellen, daß der Partner dieser "wilden Ehe" für den gesamten Unterhalt aufkommt. Durch eine solche Unterstellung würde die geschiedene Frau, nachdem sie einmal das Zusammenleben mit einem Dritten aufgenommen hat, geradezu darauf verwiesen, sich von diesem künftig alimentieren zu lassen.²³⁾

Die erwähnte österreichische Praxis muß im Zusammenhang mit der weitgehenden Berücksichtigung der "Lebensgemeinschaft" als "familienähnliches Verhältnis" in den verschiedensten Rechtsgebieten - auch zugunsten der Beteiligten - gesehen werden und läßt sich auf die Situation in Deutschland nicht ohne weiteres übertragen. Ein Ruhen des Unterhaltsanspruchs wegen Wegfalls der Bedürftigkeit setzt daher den Nachweis voraus, daß der unterhaltsberechtigte geschiedene Gatte (in der Regel wohl die Frau) von dem Dritten, mit dem er in "wilder Ehe" lebt, tatsächlich unterhalten wird, oder daß die Frau durch die Besorgung des Haushalts in dieser "wil-

22) RGZ 164, 127 f.

23) so auch BRÜHL aaO. 131.

den Ehe" davon abgehalten wird, eine ihr sonst inzwischen mögliche und zumutbare²⁴⁾ Erwerbstätigkeit auszuüben.

IV. DAS EHEÄHNLICHE VERHÄLTNIS IM ÖFFENTLICHEN RECHT.

§ 15 Die "wilde Ehe" im Recht der Sozialleistungen.

Naturgemäß kommt dem Umstand, ob jemand alleinsteht oder mit einer anderen Person einen gemeinsamen Haushalt führt, ihr Unterhalt gewährt oder von ihr unterhalten wird, im Recht der öffentlichen Sozialleistungen besondere Bedeutung zu. Es ist selbstverständlich, daß Ehefrau und Kinder eines Sozialversicherten oder Versorgungsberechtigten bei der Bemessung einer Rente berücksichtigt werden. Ein Blick auf die Rechtsordnungen benachbarter Länder zeigt aber, daß sich diese Berücksichtigung nicht notwendig auf die durch eine legitime Ehe oder Abkunft verbundenen Personen beschränkt.

So bestimmt § 6 Abs.3 des österreichischen Journalistengesetzes vom 11.2.1920¹⁾, daß beim Tode eines Redakteurs die von ihm gezahlten Versorgungsbeträge seiner Witwe o d e r seiner "Lebensgefährtin" auszufolgen seien. In ähnlicher Weise wird in dem österreichischen Gesetz über die Krankenversicherung der Staatsbediensteten²⁾ als Berechtigte "...in Ermangelung einer.. Ehegattin die seit mindestens 8 Monaten ununterbrochen im gemeinsamen Haushalt mit einem männlichen Versicherten lebende Person, die ihm ohne Entgelt die Hauswirtschaft führt", genannt.

24) Nicht selten wird der Frau zwar zur Zeit der Scheidung nicht zugemutet werden können, ihren Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit zu verdienen; nach einer gewissen Übergangszeit könnte sie aber z.B. durch Teilnahme an Kursen ihre früheren Berufskenntnisse auffrischen, sodaß ihr die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wieder zumutbar wäre.

1) StGBI. Nr.88, zit. bei PIEGLER, FamRZ 1955, 244.

2) Ges. v. 13.7.1920, StGBI. Nr.311, zit. bei PIEGLER aaO.

In diesen Zusammenhang gehört auch § 4 des Pensionsversicherungsgesetzes für Angestellte vom 23.7.1920 (StGBI. Nr. 370), der hinsichtlich der Hinterbliebenenrente bestimmt: „Der Witwe ist die Lebensgefährtin, die durch mindestens 2 Jahre unmittelbar vor dem Tode des Versicherten mit diesem einen gemeinsamen Haushalt führte, gleichgestellt, wenn eine anspruchsberechtigte Witwe nicht vorhanden ist“. Auch in dem Opferfürsorgegesetz vom 4.7.1947 (BGBI. Nr. 83) hat der österreichische Gesetzgeber unter den fürsorgeberechtigten Hinterbliebenen in § 1 Abs.3 die "Lebensgefährtin" aufgeführt.³⁾

Ein französisches Gesetz aus dem Jahre 1955⁴⁾ gewährt der "compagne" eines im letzten Krieg Gefallenen eine Unterstützung, deren Höhe völlig mit der Rente einer Kriegerwitwe übereinstimmt. Voraussetzung ist allerdings, daß sie mit dem Gefallenen mindestens 3 Jahre zusammengelebt hat und inzwischen nicht mit einem Dritten verheiratet ist oder in einem notorischen Konkubinat lebt. Die "allocations militaires" wurden in Frankreich während beider Weltkriege an die Person, mit der ein Soldat zur Zeit seiner Einberufung in einer "union libre" zusammenlebte, in gleicher Weise gezahlt wie an eine Ehefrau.⁵⁾ Auch eine Vorschrift des französischen Sozialversicherungsrechts, die Ordonnance vom 19.10.1945⁶⁾ ist hier zu erwähnen: Stirbt ein Versicherter, haben die „personnes qui étaient, au jour du décès, à la charge effective, totale ou permanente de l'assuré"

3) vgl. PIEGLER aaO.

4) Gesetz vom 12.11.1955, s. dazu MAZEAUD, Leçons de Droit Civil, Bd.I, 2.Aufl.(1959) Nr.707; GRANIER, JCP 1956, I,1299; AUBRY-RAU, Droit Civil Français, Bd.VII, 7. Aufl. (bearb. v. ESMEIN u. PONSARD) Nr. 267; MAS, Conditions S.46.

5) Gesetz vom 5.8.1914, D.P.1914.IV.79 und Dekret vom 1. 9.1939, D.P.1939.IV.441 = JCP 1939.III.2306. Hierzu ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.78; THERY, Les personnes à charge et le droit de famille, JCP 1948.I.739.

6) D 1946, 129.

Anspruch auf eine Unterstützung.⁷⁾ Freilich kann die Berücksichtigung der tatsächlichen "Lebensgemeinschaft" im Recht der Renten und Sozialleistungen nicht nur einseitig zu einer Besserstellung der Beteiligten führen. Wenn der Wegfall der faktischen Unterhaltsgewährung des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft zur Begründung eines Rentenanspruchs herangezogen werden kann, darf auch der Umstand, daß eine an sich versorgungsberechtigte Person im Rahmen einer eheähnlichen Gemeinschaft von einem Dritten tatsächlich unterhalten wird, nicht außer Betracht bleiben, wenn es um ihren Anspruch auf eine Rente oder um die Frage ihrer Unterstützungsbedürftigkeit geht. So ist es nur folgerichtig, wenn im Recht der französischen Invalidenversicherung⁸⁾ die Witwe ihren Rentenanspruch mit der Aufnahme des eheähnlichen Zusammenlebens mit einem Dritten ebenso verliert, wie im Falle einer Wiederverheiratung. Der Anspruch lebt jedoch wieder auf, wenn das Konkubinat beendet wird.⁹⁾ Eine entsprechende Regelung gilt für die "pensions de retraite". Auch hier wird die in einem Konkubinat lebende Witwe einer wiederverheirateten gleichgestellt.¹⁰⁾ Angesichts der weitgehenden Übereinstimmung der sachlichen Gegebenheiten ist diese Gleichstellung ein Gebot der Gerechtigkeit; sie empfiehlt sich daher auch im Interesse des Schutzes der Ehe als Institution, da andernfalls - wie das massierte Auftreten von "Rentenkonkubinaten" in den Nachkriegsjahren in Deutschland zeigte - für die rentenberechtigten Witwen geradezu ein Anreiz

7) ESMEIN, Rép.civ. aaO. Nr.81; ROUAST, Conditions S.37 und Etudes Ripert I (1950), 352; THERY aaO. Neuerdings will die Rechtsprechung die Anwendung dieser Vorschriften auf den Kreis der "ayants droit du defunt", d.h. derjenigen Personen beschränken, die gegen den Verstorbenen einen R e c h t s a n s p r u c h auf Unterhalt hatten (vgl. Cass.civ. vom 13.1.1961, D 1961, 269 m.Anm. DUPEYROUX; AUBRY-RAU aaO. Nr. 267.

8) heute Art.48 des Code des pensions d'invalidité, zit. bei MAS, Conditions S.43.

9) AUBRY-RAU aaO. Bd. VII Nr.267.

10) Art.62 des Code des pensions de retraite, zit. bei MAS aaO.

geschaffen wird, das Zusammenleben in einer außerehe-lichen "Lebensgemeinschaft" einer Wiederverheiratung vorzuziehen. In Deutschland ist man einen anderen Weg gegangen und hat - wie bereits erwähnt - durch geld-liche Abfindungen versucht, der Witwe den Entschluß zur "Legalisierung" des Rentenkonkubinats zu erleich-tern. Neben den Schwierigkeiten und Unerquicklichkei-ten der Beweisführung war es wohl die grundsätzliche Abneigung, an den bislang rechtlich irrelevanten Tat-bestand eines eheähnlichen Verhältnisses kraft Geset-zes irgendwelche Rechtsfolgen zu knüpfen, die hier den Gedanken, die Witwe auch im Falle eines Konkubinats ihrer Rente verlustig gehen zu lassen, nicht aufkommen ließ.

Dagegen wird im deutschen Recht bei der Prüfung der B e d ü r f t i g k e i t für Sozialleistungen das Einkommen und Vermögen einer Person, mit welcher der Hilfsbedürftige in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, in gleicher Weise berücksichtigt, wie Einkommen und Vermögen eines Ehegatten. Entwickelt wurde dieser Grund-satz in der Rechtsprechung der deutschen Verwaltungs-gerichte zum Fürsorgerecht.¹¹⁾ Ausgehend von der Er-fahrungstatsache, daß Personen, die miteinander in eheähnlicher Gemeinschaft leben, auch wie Eheleute für-einander sorgen und einander Unterhalt gewähren, sofern sie dazu in der Lage sind, wurde ausgesprochen, die freigewählte Lebensgemeinschaft, die sich nach der Le-benserfahrung gleichzeitig als eine Versorgungsgemein-schaft darstelle, müsse auch fürsorgerechtlich als

11) OVG Lüneburg, Beschl.v. 8.10.1952, FamRZ 1955,190; Urt.v. 14.3.1951, DVBl. 1952,505; Urt.v. 10.6.1953, FamRZ 1955,190 = Sammlg. fürsorgerechl. Entsch.d. Verw.-Gerichte 1955,115; OVG Münster, Beschl.v. 17.1.1956, DÖV 1956,502; OVG Hamburg, VerwRspr. Bd. 8, Nr.221; OVG Berlin, Urt.v. 28.1.1957, JZ 1957, 674; Schon die Entscheidungen des Bundesamtes für Heimatwesen vom 31.3.1936 (Bd.89, 115,118) und vom 19.9.1936 (Bd. 90, 103 ff.) erklärten es für "üblich, die Unterstützung von in wilder Ehe lebenden Per-sonen nach den Unterstützungssätzen für Eheleute zu bemessen".

solche behandelt werden.¹²⁾ Davon ausgehend haben die Gerichte in ständiger Rechtsprechung die Hilfsbedürftigkeit verneint, wenn das Gesamteinkommen der Konkumbenten über dem unter gleichen Bedingungen für ein Ehepaar geltenden Unterstützungsrichtsatz lag.¹³⁾ Hätte man ihnen den Satz für zwei alleinstehende Personen zugiebilligt, würde dies eine Besserstellung gegenüber Eheleuten bedeutet haben, die durch nichts gerechtfertigt erschiene, denn die Kostenersparnis durch einen gemeinschaftlichen Haushalt kommt den Partnern eines eheähnlichen Verhältnisses ebenso zugute wie Eheleuten. Daß bei den Partnern der "wilden Ehe" - im Gegensatz zu Ehegatten - eine Rechtspflicht zur gegenseitigen Unterhaltsgewährung nicht besteht, schließt eine Gleichstellung von Eheleuten und Konkumbenten im Fürsorgerecht nicht aus;¹⁴⁾ entscheidend ist nach den hier maßgebenden Grundsätzen allein die tatsächliche Hilfsbedürftigkeit. Die Tatsache der Hilfsbedürftigkeit aber wird nicht durch die rechtliche oder sittliche Verpflichtung des Dritten zur Unterhaltsgewährung¹⁵⁾, sondern allein dadurch ausgeschlossen, daß der Antragsteller von dritter Seite wirklich unterhalten wird.¹⁶⁾

Diese Grundsätze haben in der Neufassung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 3.4.1957 (BGBl.I, 321) erstmals

12) so OVG Münster, DÖV 1956, 502.

13) Instrukktiv OVG Lüneburg, FamRZ 1955, 190 = Sammlg. fürsorgerechtl. Entsch. Bd. 1 (1955), 114; OVG Berlin, JZ 1957, 674.

14) kritisch hierzu VGH Bremen, DÖV 1956, 503.

15) Nicht folgen kann man daher der Ansicht von H. KRÜGER, (ARBEIT und RECHT 1960, 31 ff.) mit der Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen des Partners einer "wilden Ehe" in § 149 Abs. 5 AVAVG und im Fürsorgerecht allgemein sei indirekt eine Rechtspflicht zur Unterhaltsgewährung im eheähnlichen Verhältnis anerkannt.

16) so OVG Lüneburg, Urt.v. 14.3.1951, DVBl. 1952, 505; Beschl.v. 8.10.1952, FamRZ 1955, 190; OVG Hamburg,

Eingang in die deutsche Gesetzgebung gefunden. Nach § 149 Abs.5 dieses Gesetzes sind bei der Prüfung der Bedürftigkeit eines Arbeitslosen für die Arbeitslosenhilfe „das Einkommen und das Vermögen einer Person, mit der der Arbeitslose in eheähnlicher Gemeinschaft lebt, in gleicher Weise zu berücksichtigen, wie das Einkommen und das Vermögen des Ehegatten.“ Das Bundesverfassungsgericht hat sowohl die Wirksamkeit dieser Vorschrift als auch die in der vorerwähnten Rechtsprechung entwickelte Begründung des ihr zugrundeliegenden Gedankens ausdrücklich bestätigt. Auch das Bundesverfassungsgericht¹⁷⁾ rechtfertigt die Gleichstellung von Ehegatten und Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft mit der Erfahrungstatsache, daß in der eheähnlichen Gemeinschaft ebenso wie in einer rechten Ehe "aus einem Topf" gewirtschaftet werde. Wo aber ein Arbeitsloser mit einer anderen Person in Haushaltsgemeinschaft lebe, schließe nicht nur eigenes Einkommen und Vermögen, sondern auch das des Partners dieser Haushaltsgemeinschaft seine Hilfsbedürftigkeit aus.

Eine entsprechende Vorschrift findet sich auch in der inzwischen erfolgten Kodifikation des allgemeinen Fürsorgerechts, dem Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.1961 (BGBl.I,815 - abgekürzt: BSHG). Nach § 122 dieses Gesetzes dürfen „Personen, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben, hinsichtlich der Voraussetzungen sowie des Umfangs der Sozialhilfe nicht besser gestellt werden als Ehegatten.“ In der Begründung des Regierungsentwurfs¹⁸⁾ zu diesem Gesetz heißt es, als Einzelpersonen würden die Konkubanten häufig höhere Leistungen erhalten, als wenn sie verheiratet wären.

DVB1. 1956,208; OVG Berlin, JZ 1957,674.

17) Beschluß v. 16.12.1958, NJW 1959,283 = FamRZ 1959,96.

18) Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 3.Wahlperiode, Drucksache Nr. 1799.

Dies müsse - wie im Bereich der Arbeitslosenhilfe durch § 149 Abs.5 AVAVG - auch bei der Sozialhilfe¹⁹⁾ ausgeschlossen werden. § 122 BSHG verweist ausdrücklich auf § 16 des gleichen Gesetzes, der eine (widerlegbare) gesetzliche Vermutung dafür begründet, daß ein Hilfesuchender, der mit Verwandten oder Verschwägerten in Haushaltsgemeinschaft lebt, von diesen Leistungen zum Lebensunterhalt erhält, soweit dies nach deren Einkommen und Vermögen erwartet werden kann. Die Regelung des BSHG entspricht damit den Grundsätzen, welche die oben erwähnte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte noch unter der Geltung der Fürsorgepflichtverordnung und der "Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge" vom 1.8.1931 herausgearbeitet hatte.

Bei einem Vergleich der vorstehend geschilderten Regelungen zeigt sich, daß das deutsche Recht bei der Bemessung öffentlicher Sozialleistungen das Bestehen einer "wilden Ehe" ausschließlich zu Lasten der Beteiligten berücksichtigt. Anders als im österreichischen und französischen Recht können die Konkubenten aus ihren eheähnlichen Beziehungen keine für sie günstigen Rechtsfolgen herleiten. Vereinzelt ist hiergegen vorgebracht worden, das heiße „mit zweierlei Maß messen". So meint SCHIECKEL²⁰⁾ im Hinblick auf § 149 Abs.5 AVAVG, es sei rechtlich unvertretbar, Einkommen und Vermögen des Partners einer "wilden Ehe" anspruchsmindernd anzurechnen, andererseits aber den von einem Arbeitslosen unterhaltenen mittellosen Partner bei der Bemessung der Unterstützung zu ignorieren. Diese Kritik betrifft aber bei näherer Betrachtung nicht nur die Behandlung der Partner "wilder Ehen", sondern richtet sich in ihren Konsequenzen gegen einen

19) vgl. auch LUBER, Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz (1962) zu § 122.

20) Kommentar zum AVAVG (1960), Anm.7 zu § 149.

Grundsatz, der im gesamten Fürsorgerecht seit langem gilt: Eine Zulage zum Unterstützungsrichtsatz wird dem Hilfsbedürftigen stets nur für diejenigen Personen gewährt, die von ihm in Erfüllung einer Rechtspflicht unterhalten werden. Für andere Personen, die der Hilfsbedürftige aus freien Stücken in seinen Haushalt aufgenommen hat - in Frage kommt z.B. auch ein Bruder, eine Schwester oder ein Freund - wird ihm ein Mehrbetrag nicht gewährt. Andererseits wird es nicht als ungerechtfertigt bezeichnet werden können, daß die Arbeitslosenhilfe (entsprechendes gilt für die Sozialhilfe nach dem BSHG) nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich Personen vorbehalten bleiben soll, die ihren Lebensunterhalt tatsächlich nicht auf andere Weise als durch Unterstützung aus der Arbeitslosenhilfe bestreiten oder bestreiten können (§ 149 Abs.1 des AVAVG), sodaß die Bezugsberechtigung entfällt, wenn der Antragsteller tatsächlich von Dritten, z.B. auch Geschwistern oder einem Freund, regelmäßige Zuwendungen erhält, die seinen Unterhalt sicherstellen.

Soweit hier "mit zweierlei Maß" gemessen wird, ist dies die logische Konsequenz der soeben dargestellten allgemeinen Grundsätze und stellt keine spezifische Benachteiligung der Partner "wilder Ehen" dar. Die Berücksichtigung der Mittel des Ehegatten (§§ 149 Abs.2, 150 Abs.1 AVAVG) oder des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft sind nichts anderes als aus Gründen der Beweiserleichterung typisierte Sonderfälle der allgemeinen Regel des § 149 Abs.1 AVAVG, die völlig offenläßt, auf welche "andere Weise" der Arbeitslose seinen Lebensunterhalt bestreitet. Wer sich gegen "zweierlei Maß" wendet, muß entweder den Grundsatz des § 149 Abs.1 AVAVG abschaffen - eine seit Jahrzehnten anerkannte und bewährte Grundregel des Fürsorgerechts - oder aber konsequenterweise verlangen, daß der Hilfsbedürftige durch Mittel der Allgemeinheit in den Stand gesetzt wird, alle Personen, die er bisher tatsächlich versorgt hat - also auch Geschwister oder Freunde, die er

aus freien Stücken in seinen Haushalt aufgenommen hat - weiterhin zu unterhalten. Diese Forderung wird aber im Ernst niemand erheben wollen.

5. Abschnitt.

§ 16 Die Rechtsverhältnisse der Kinder aus einer "wilden Ehe".

1. Das deutsche Bürgerliche Recht macht bei unehelichen Kindern keinen Unterschied zwischen solchen, die einem eheähnlichen Verhältnis entstammen und denen, die aus flüchtigen erotischen Beziehungen hervorgegangen sind. Daran hat sich seit dem Inkrafttreten des BGB nichts geändert.¹⁾ Uneheliche Kinder gelten als nicht verwandt mit ihrem Erzeuger (§ 1589 Abs.2 BGB); dieser ist ihnen lediglich unterhaltspflichtig (§ 1708 BGB), im übrigen aber steht der Mutter allein das Recht und die Pflicht der Personensorge zu. Nun befinden sich Kinder, die in einem dauerhaften, seit längerer Zeit bestehenden ehe-

1) Dagegen unterschied schon das späte römische Recht die "spurii" von den "liberi naturales". Letztere - die Konkubinatskinder - waren gegenüber den übrigen in verschiedener Hinsicht privilegiert, siehe dazu im 1. Abschnitt S. 12 ff.

Auch im französischen Recht ist das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft der Eltern für die Rechtsstellung eines unehelichen Kindes bedeutsam, da ein "notorisches Konkubinat" der Eltern zu den fünf Ausnahmen gehört, bei deren Vorliegen (seit dem Gesetz vom 16.11.1912) nach Art.340 C.c. die recherche de la paternité zulässig ist. Vgl. hierzu und zu den Anforderungen an den Nachweis einer "concubinage notoire" MEZGER, FamRZ 1955,271; BOULBES, Réflexions sur la preuve par témoins du concubinage notoire de l'art. 340 C.c., JCP 1959.I.1506; MARTY-RAYNAUD, aaO. Nr.711; COLIN-CAPITANT, aaO. Nr.1375; MAZEAUD, aaO. Nr.967; aus der neueren Rechtsprechung Trib. civ. Douai, Urt.v. 18.12.1956, Rev.trim.dr.civ.1958, 235 m.Anm. DESBOIS; Cass.civ. vom 9.10.1957, D 1958 somm.1; Cass.civ., Urt.v. 24.3.1958 und vom 22.7.1958, Rev.trim.dr.civ.1959,83 m.Anm. DESBOIS; Cour de Paris, Urt.v. 9.4.1959, JCP 1959.II.1119 = Rev.trim.dr.civ. 1959,521 m.Anm. DESBOIS.

ähnlichen Verhältnis geboren werden, im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und die persönliche Fürsorge der Eltern meist in einer Lage, die derjenigen ehelicher Kinder im Bereich des Tatsächlichen nahezu gleichkommt. Anders ist es freilich in rechtlicher Hinsicht. Die Konkubinatskinder tragen nicht den Namen des Vaters und sind dadurch jederzeit leicht als uneheliche Kinder erkennbar, was sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit noch immer nachteilig für sie auswirkt.

Das Bestreben der Eltern geht daher stets dahin, sie von diesem "Makel" zu befreien. Ein Weg dazu ist die Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1719 BGB). Schließen die Eltern später eine legitime Ehe, dann erlangt das Kind dadurch die Stellung eines ehelichen Kindes. Wie bereits im ersten Teil erwähnt, wurde die Möglichkeit einer legitimatio per matrimonium subsequens schon durch Kaiser Konstantin eröffnet, um den Partnern eines Konkubinats, die ihren Kindern die bessere Rechtsstellung eines ehelichen Kindes sichern wollten, eine "goldene Brücke" zu bauen. Diese Lösung ist ohne besondere Problematik: Die Statusfolge für das Kind ist nur eine Konsequenz der umfassenden "Legalisierung" des faktischen Familienverhältnisses im Wege der Eheschließung.

2. Belassen es aber die Eltern bei ihrem rein tatsächlichen eheähnlichen Verhältnis - dieser Fall interessiert hier in erster Linie - gibt es drei Möglichkeiten, die Rechtsposition des Kindes wenigstens auf Teilgebieten derjenigen eines ehelichen Kindes anzunähern:

a) Auch ohne Heirat der Eltern kann das Kind auf Antrag des Vaters gem. §§ 1723 ff. BGB durch Verfügung des Vormundschaftsgerichts²⁾ für ehelich erklärt werden. Durch diesen staatlichen Hoheitsakt erlangt das Kind im Verhältnis zum Vater die Rechtsstellung eines

ehelichen Kindes (§ 1736 BGB). Es trägt also (worauf es den Beteiligten vorwiegend ankommt) künftig dessen Familiennamen und wird ihm gegenüber erbberechtigt; zugleich verliert jedoch die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1738). Nach § 1734 BGB soll die Ehelicherklärung nur erfolgen, wenn sie dem Wohle des Kindes entspricht und ihr triftige Gründe nicht entgegenstehen. Die Frage, ob dies bei Kindern aus einem eheähnlichen Verhältnis anzunehmen ist oder nicht, war und ist Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen. Es wird argumentiert, eine Ehelicherklärung durch staatlichen Hoheitsakt diene deshalb nicht dem Wohl des Kindes, weil dadurch "bei den Eltern der Gedanke, um des Kindes willen das Konkubinat durch eine Eheschließung zu beenden, eingeschläfert werde."³⁾

Eine verbreitete Ansicht lehnt daher bei Kindern, die einer eheähnlichen Gemeinschaft entstammen, eine Ehelicherklärung grundsätzlich ab, wenn einer Heirat der Eltern rechtliche oder tatsächliche Hindernisse nicht im Wege stünden.⁵⁾

-
- 2) Die einschlägigen Vorschriften wurden durch das FamilienrechtsänderungsG vom 11.8.1961 (BGBl.I, 1221) neu gefaßt. Anstelle des Vormundschaftsgerichts war früher der Landgerichtspräsident als Behörde der Justizverwaltung zuständig. Zu den Besonderheiten der Neuregelung DUNZ, NJW 1961, 2140.
 - 3) SCHUMACHER, Zur Ehelichkeitserklärung von Kindern aus Rentenkonkubinaten, FamRZ 1960, 13; die gleichen Erwägungen finden sich auch in dem Beschluß des LG Regensburg vom 12.8.1958, FamRZ 1959, 30.
 - 4) Entschließungen des OLGPräs. in Nürnberg vom 6.9. 1958, FamRZ 1958, 428 und vom 29.7.1960, FamRZ 1961, 36; Bescheid des OLGPräs. Schleswig vom 26.9.1961, FamRZ 1961, 540; MASSFELLER, StAZ 1961, 247 sowie BOEHMER, Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 und das FamRändG vom 11.8.1961, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 245/246 (1962), S.59.
 - 5) So hält man die Ehelicherklärung ausnahmsweise für zulässig, wenn z.B. eine schwere unheilbare Erkran-

Auch nach den Reformvorschlägen BOEHMERS⁶⁾ in seinem Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag soll das Vormundschaftsgericht Kindern aus einem eheähnlichen Verhältnis nur dann den Status ehelicher Kinder verleihen, wenn "die Eltern aus aner kennenswerten Gründen die Eheschließung nicht vollzogen haben und ihnen eine nachfolgende Ehe nicht zumutbar ist." Dahinter steht die Erwartung, der Wunsch, dem Kinde eine gesellschaftliche Deklassierung zu ersparen, werde die Partner "wilder Ehen" doch noch den Weg zum Standesamt finden lassen.

Es wird weiter geltend gemacht⁷⁾, auch das öffentliche Interesse stehe einer Ehelicherklärung von Konkubinskindern entgegen, weil dadurch das von Sitte und Rechtsordnung mißbilligte eheähnliche Zusammenleben unverheirateter Eltern sanktioniert und zum Schaden der unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehenden Institution der Ehe unterstützt werde. Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, daß in der neuen Fassung des § 1734 BGB als maßgebliches Kriterium für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ausdrücklich das Kindeswohl herausgestellt wird. Daraus folgt, daß dem Interesse des Kindes der Vorrang vor allgemeinen rechts- und gesellschaftspolitischen Erwägungen gebührt. Das Kind darf weder dafür "bestraft" werden, daß die Eltern in einem Konkubinat leben, noch darf es als "Geisel" mißbraucht werden, um die Eltern zu einer den allgemeinen sittlichen Anschauungen entsprechenden Lebensführung zu zwingen.

kung des einen Elternteils (OLGPräs.Nürnberg, FamRZ 1958,428) oder ein außerordentlicher Altersunterschied in Verbindung mit Verschiedenheit der Konfession und einer wirtschaftlichen Gefährdung der Frau infolge Rentenwegfalls und hohen Alters des Partners (OLGPräs. Nürnberg, FamRZ 1961,36f.) eine Eheschließung "unzumutbar" erscheinen läßt.

6) Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentags (1962), 117.

7) z.B. von BOSCH, FamRZ 1959,170, Bescheide der OLG-Präsidenten von Nürnberg u. Schleswig aaO.

Wenn das LG Regensburg⁸⁾ meint, "der durch ein solches Verhalten der Eltern begründete Makel treffe nach der durchaus zu billigenden (!) Auffassung weiter Volkskreise auch das aus einer solchen Verbindung hervorgegangene Kind", so setzt es sich damit in offenen Widerspruch zu Art.6 Abs.5 GG, der für das uneheliche Kind auch hinsichtlich seiner Stellung in der Gesellschaft ausdrücklich gleiche Bedingungen wie für das eheliche Kind fordert. Mit dem Verbot der Benachteiligung hat das Grundgesetz implicite auch den Gedanken verworfen, über eine rechtliche Schlechterstellung des unehelichen Kindes einen Druck auf die Eltern in Richtung auf eine Eheschließung auszuüben.

Im allgemeinen wird eine Eheschließung der Eltern im Interesse des Kindes liegen⁹⁾, es geht aber nicht an, dem Kinde das Risiko aufzubürden, ob sich die Eltern um seinetwillen zur Heirat entschließen. Es ist nicht eben wahrscheinlich, daß Menschen, die es bisher in Kauf genommen haben, den Partner und Lebensgefährten ohne den rechtlichen Schutz zu lassen, den ihm die Stellung eines Ehegatten gewähren würde, nun dem Kinde zuliebe ihr Verhalten grundlegend ändern. Daher erscheint es unrealistisch, bei der Überlegung, was dem Wohl des Kindes am besten diene, von einer Heirat der Eltern als scheinbar sicherer Alternative zu der beantragten Ehelicherklärung auszugehen.

8) LG Regensburg, FamRZ 1959, 30.

9) Die emphatische Formulierung SCHUMACHERS freilich, durch die nachträgliche Eheschließung werde das Kind "aus der unmoralischen Atmosphäre des skandalösen Konkubinats in die saubere Atmosphäre der Ehe verpflanzt"(FamRZ 1960,14) mutet formal und theoretisch an. Eine so tiefgreifende und unmittelbare Veränderung der tatsächlichen häuslichen Verhältnisse dürfte der Gang zum Standesamt kaum mit sich bringen, zumal ja hier nicht flüchtige intime Gelegenheitsbekanntschaften, sondern eheähnliche Verhältnisse von einer gewissen Stabilität in Rede stehen. Ein Vorteil für das Kind liegt aber in der rechtlichen Garantie für Dauer und Fortbestand der Familiengemeinschaft, die nur eine Ehe der Eltern zu bieten vermag.

Es hieße die Bedeutung, welche die Konkubenten dem Rechtsstatus ihres Kindes beimessen und damit die "erzieherische" Wirkung eines ablehnenden Beschlusses überschätzen, wenn man annehmen wollte, ein größerer Prozentsatz von ihnen würde heiraten, wenn das Vormundschaftsgericht die Ehelicherklärung ihres Kindes ablehnt. Eine solche Erwartung ginge an der Tatsache vorbei, daß der Entschluß zum außerehelichen Zusammenleben meist auf dem Willen beruht, rechtliche Hindernisse einer Eheschließung zu umgehen oder handfeste wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden, und daher mit den Mitteln, die dem Vormundschaftsgericht im Rahmen dieses Verfahrens gegeben sind, nun einmal nicht beseitigt werden kann.¹⁰⁾

Das Gericht wird daher, - so wenig es dieses Verhalten auch billigen kann - von dem außerehelichen Zusammenleben der Eltern als einer Realität ausgehen müssen; es hat dann lediglich zu überlegen, ob unter diesen Umständen eine Ehelicherklärung die Lage des Kindes verbessert oder nicht.¹¹⁾ Das Kind sollte nicht auf eine mögliche Eheschließung seiner Eltern verwiesen werden, auf die weder es noch das Gericht einen Einfluß haben.¹²⁾

Einem anderen Argument, daß die Gegner der Ehelicherklärung von Konkubinatskindern immer wieder vorbringen, läßt sich freilich seine Berechtigung nicht absprechen: Durch die Ehelicherklärung erlischt gem. § 1738 BGB das Recht und die Pflicht der Mutter,

10) so LG Mannheim, Beschl.v. 22.12.1960, FamRZ 1961, 322 = NJW 1961, 881.

11) so LG Itzehoe, FamRZ 1959, 170; LG Mannheim, NJW 1961, 881.

12) PALANDT-LAUTERBACH, 21.Aufl.(1962), Anm.1 zu § 1734 BGB. Gegen eine generelle Verweigerung der Ehelicherklärung bei möglicher Heirat der Eltern auch ERMAN-HEFERMEHL, 3.Aufl.(1962), Anm.1 zu § 1734 BGB.

für die Person des Kindes zu sorgen. Das ist ein Nachteil, auf den u.a. von BOSCH¹³⁾, H. KRÜGER¹⁴⁾, dem LG Verden¹⁵⁾ und SCHUMACHER¹⁶⁾ mit Nachdruck hingewiesen wird. Dem steht aber gegenüber, daß das Kind nach der Ehelicherklärung auch vor dem Gesetz mit der Mutter und dem Vater verwandt ist. Es hat ein Intestaterb-recht sowohl nach den mütterlichen als auch den väterlichen Verwandten. Vor allem aber erhält das Kind den Familiennamen des Vaters, sodaß für Außenstehende nicht mehr so leicht erkennbar ist, daß es sich um ein außereheliches Kind handelt. Die Erfahrung zeigt, daß dies von den Eltern vor allem dann angestrebt wird, wenn das Kind in das schulpflichtige Alter und damit in die Lage kommt, außerhalb des häuslichen Kreises unter seinem Namen auftreten zu müssen. Die Ansicht des LG Regensburg (aaO.), der offenbar auch H. KRÜGER (aaO. S.127) zuneigt, es sei für das Ansehen des Kindes in der Öffentlichkeit ohne jede Bedeutung, ob es den Namen des Vaters oder den der Mutter trage, steht mit der Erfahrung des täglichen Lebens nicht in Einklang. Es ist nun einmal so, daß bis heute das Kind in der Schule, im Konfirmandenunterricht und beim Lehrmeister zuerst nach Namen und Stand seines Vaters und nur ausnahmsweise nach dem der Mutter gefragt wird. Die Abweichung vom Familiennamen des Vaters wird öfter auffallen, sodaß das für ehelich erklärte Kind unter dem Familiennamen des Vaters rein tatsächlich eine ungleich bessere Chance hat, die Tatsache seiner unehelichen Geburt vor der Umwelt zu verbergen und so Demütigungen und Unannehmlichkeiten zu entgehen.¹⁷⁾ Im übrigen wird in aller Regel der Wegfall der Perso-

13) Anm. zu LG Itzehoe, FamRZ 1959, 170.

14) Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes (1960), 126.

15) Rechtspfleger 1953, 581 ff.

16) Zur Ehelichkeitserklärung von Kindern aus Renten-konkubinaten, FamRZ 1960, 13.

17) LG Essen, FamRZ 1961, 38 und Hess.VGH, DÖV 1962, 33.

nensorgepflicht der Mutter praktisch nicht ins Gewicht fallen, weil sich dadurch an den tatsächlichen Verhältnissen in der (bei den hier interessierenden Fällen stets vorauszusetzenden) "faktischen Familie" nichts ändern wird. Ob eine Ehelicherklärung für das Kind per Saldo von Vorteil ist, wird letztlich von den Umständen des Einzelfalls, von der Lebensstellung der Eltern und namentlich ihrer Persönlichkeit und ihren wirtschaftlichen Verhältnissen abhängen. Aus dem Vorstehenden ergibt sich aber, daß es nicht gerechtfertigt ist, beim Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft zwischen den Eltern eine Ehelicherklärung schlechthin zu versagen.

b) Bisweilen wählen die Konkubenten auch den Weg der *A d o p t i o n* ihres gemeinsamen Kindes durch den Vater, um seine Rechtsstellung derjenigen eines ehe-lichen Kindes anzunähern. Die besonderen Erfordernisse der §§ 1744 ff. BGB machen diesen Weg freilich nicht in jedem Falle gangbar; aus der Tatsache, daß der Annehmende und die Mutter des anzunehmenden Kindes in einem eheähnlichen Verhältnis leben, ergeben sich jedoch im Hinblick auf die Vorschriften des Adoptionsrechts keine spezifischen Probleme. Die Adoption verschafft dem Kind den Familiennamen des Vaters (§ 1758 Abs.1 BGB) und - ihm gegenüber - die Rechte eines ehe-lichen Kindes (§ 1757 BGB). Freilich verliert auch hier die Mutter das Recht und die Pflicht zur Sorge für die Person des Kindes (§ 1765 BGB). Da auch die Adoption gem. § 1751 Abs.2 BGB regelmäßig der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, sahen sich die Gerichte wiederum der Frage gegenübergestellt, ob die Annahme durch den Vater dem Wohl des Kindes entspricht. Da die Folgen der Adoption in den wichtigsten Punkten denjenigen einer Ehelicherklärung entsprechen, sind es die gleichen Gesichtspunkte, welche die Abwägung des Für und Wider bestimmen. In den veröffentlichten Entscheidungen begegnen die gleichen Argumente, die auch

für und gegen die Legitimation nach §§ 1723 ff. BGB vorgebracht wurden. So lehnt das LG Verden¹⁸⁾ die Genehmigung der Adoption eines Konkubinatskindes ab und begründet die Gefährdung des Kindeswohls mit den nämlichen Gründen, die später das LG Regensburg und SCHUMACHER aaO. gegen eine Ehelicherklärung solcher Kinder ins Feld geführt haben. Demgegenüber hat das LG Mannheim¹⁹⁾ ausgeführt, daß die Genehmigung eines Annahmevertrages nicht deswegen verweigert werden dürfe, weil der Annehmende mit der Mutter des Adoptivkindes in einer außerehelichen Lebensgemeinschaft lebt und beide nicht heiraten wollen. In seiner Begründung hat sich das LG Mannheim weitgehend dem bereits erwähnten Urteil des LG Itzehoe²⁰⁾ angeschlossen.

Auch hier erscheint es zweifelhaft, ob sich die Eltern durch die Verweigerung der Genehmigung zu einer Eheschließung nötigen lassen, und ob es zu verantworten ist, über die Rechtsstellung des Kindes einen Druck auf das Verhalten seiner Eltern auszuüben. Für die Entscheidung dieser Frage müssen daher die gleichen Grundsätze gelten, die vorstehend zur Frage der Ehelicherklärung entwickelt wurden.

c) Soweit es darum geht, dem Kinde den Namen seines Vaters zu verschaffen, bietet sich als Ausweg schließlich eine **N a m e n s ä n d e r u n g** nach Maßgabe des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 5.1.1938 (RGBl.I,9) an. Der nach § 3 dieses Gesetzes erforderliche "wichtige Grund" ist nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gegeben, "wenn das Interesse, das der Namensträger an der beantragten Namensänderung hat, nach allgemeiner Verkehrs-

18) LG Verden, Rechtspfleger 1953, 581 ff.

19) Beschluß v. 22.12.1960, NJW 1961, 881 = FamRZ 1961, 322.

20) LG Itzehoe, FamRZ 1959, 170; vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen S.129.

auffassung schutzwürdig ist und wenn seine Gründe, anstelle seines Namens künftig einen anderen zu führen, so wesentlich sind, daß die Belange der Allgemeinheit,die vor allem in der sozialen Ordnungsfunktion des Namens augenscheinlich werden,...demgegenüber zurücktreten müssen."²¹⁾ Es liegt sicher im Interesse des einer "wilden Ehe" entstammenden Kindes, wenn durch die Namensgleichheit mit dem Vater dem Kind und der Umwelt die Tatsache der unehelichen Geburt und die fragwürdige Basis der Familiengemeinschaft, in der es lebt, möglichst lange verborgen bleibt. Dieses Interesse kann durchaus als schutzwürdig gelten und hat in den amtlichen Richtlinien²²⁾ für die Bearbeitung der Anträge auf Änderung des Familiennamens Anerkennung gefunden. Dort heißt es, daß "den Gesuchen unehelicher Kinder, die bezwecken, die uneheliche Geburt nicht kenntlich werden zu lassen, tunlichst entgegenzukommen sei, wenn ein ausreichender Grund sie rechtfertigt."²³⁾ Dennoch ist hier Zurückhaltung am Platze: Der Eingriff der Behörde schafft hier ein Faktum, das nach Herkunft und Verkehrsanschauung als Korrelat eines bestimmten familienrechtlichen Tatbestandes verstanden wird. Er muß daher - insbesondere gegenüber der Legitimation nach § 1723 BGB - als Fremdkörper im System des Familienrechts erscheinen, das dem Kinde - wenn schon nicht im Rahmen der ehelichen Abkunft - doch nur im Zusammenhang mit einer einer umfassenderen rechtlichen Bindung, wie sie die Ehelicherklärung oder die Adoption bewirkt, den Namen des Vaters verleiht.

Nach den erwähnten amtlichen Richtlinien soll denn das Kind im Wege der Namensänderung auch nur dann den Namen

21) BVerwG, Urt.v. 31.8.1962, FamRZ 1962, 472.

22) Richtlinien vom 18.12.1951 (GMB1.1951, 270), in der Fassung vom 14.12.1960 (GMB1.1961, 11 ff.) Ziff.III, 5 b.

23) so auch SCHMIDT-FUTTERER, MDR 1961, 192 und der Hessische VGH, DÖV 1962, 33.

des Erzeugers bekommen, wenn eine Ehelicherklärung nicht erfolgen kann.²⁴⁾ Die Namensänderung kommt somit nur subsidiär, als Ersatz für eine im Einzelfall nicht mögliche Ehelicherklärung in Betracht. Und noch eine weitere Einschränkung ist zu beachten: Ist der Erzeuger verheiratet und widerspricht seine Ehefrau der Abänderung des Namens des unehelichen Kindes in den des Erzeugers, so darf "über den Widerspruch nur dann hinweggegangen werden, wenn die Ehefrau keine beachtlichen Gründe für ihr Verhalten angeben kann, sondern aus Schikane handelt."²⁵⁾ Demgemäß hat das Bundesverwaltungsgericht in einer neueren Entscheidung das Vorliegen eines wichtigen Grundes und damit die Zulässigkeit der Namensänderung verneint, "wenn die Eltern des unehelichen Kindes mit dem Kind zusammen in einer faktischen Lebensgemeinschaft leben und dem Kind der Familienname des verheirateten, aber von seiner Familie getrennt lebenden Vaters erteilt werden soll, die Ehefrau des Vaters jedoch der Namensänderung, auch im Interesse der ehelichen Kinder, widerspricht."²⁶⁾ Das Gericht hat dies damit begründet, daß durch die Namensänderung nicht die privatrechtliche Regelung des Namensrechts, die (bei der Ehelicherklärung gem. §§ 1723 ff. BGB) ein Einverständnis der Ehefrau fordere, unterlaufen und wirkungslos gemacht werden dürfe.

Im Vordergrund der Entscheidung steht aber die Überlegung, daß bei einem Konflikt der Interessen des unehelichen Kindes mit denjenigen der "legitimen" Familie des Erzeugers den letzteren der Vorrang gebühre. Dies folgert das Bundesverwaltungsgericht daraus, daß das Band der durch Art.6 GG unter den besonderen Schutz der Rechtsordnung gestellten Familiengemeinschaft den

24) Richtlinien aaO.; zustimmend SCHMIDT-FUTTERER aaO.

25) Richtlinien aaO.

26) BVerwG, Urt.v. 31.8.1962, FamRZ 1962, 471 ff.

Erzeuger zwar mit den Angehörigen seiner ehelichen Familie, nicht aber mit dem unehelichen Kind verbinde, das durch dieses Band nur seiner Mutter verbunden sei. Daher dürften die Interessen der mit dem Erzeuger in einer solchen Familiengemeinschaft verbundenen ehelichen Kinder und der Ehefrau (sc. daran, daß durch die Namensänderung nicht der falsche Anschein einer Familienzugehörigkeit des unehelichen Kindes erweckt wird) nicht zugunsten des unehelichen Kindes übergangen werden, das - im Verhältnis zum Erzeuger - außerhalb dieser Gemeinschaft stehe. Diese Grundsätze entheben indessen im Einzelfall nicht einer gewissenhaften Prüfung, ob wirklich ein gewichtiges und schutzwürdiges Interesse der legitimen Familienangehörigen verletzt wird, wenn das uneheliche Kind den Familiennamen des Erzeugers erhält. Im übrigen räumt auch das Bundesverwaltungsgericht ein, daß durchaus Fälle denkbar sind, in denen dem Interesse der Familie weniger Gewicht zukommt als demjenigen des Kindes - namentlich dann, wenn eheliche Kinder nicht vorhanden sind und eine besonders enge Bindung zwischen dem Kind und seinem Vater besteht.²⁷⁾

Die Abwägung, ob ein "wichtiger Grund" vorliegt, der die Namensänderung rechtfertigt, ist Sache der Verwaltungsbehörde. Daneben bedarf der Antrag auf Namensänderung jedoch gem. § 2 NamensÄndG in den hier in Betracht kommenden Fällen regelmäßig der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, das aber nicht das Vorliegen des "wichtigen Grundes", sondern lediglich zu prüfen hat, ob die beantragte Namensänderung dem Wohl des Kindes entspricht. Nach dem eingangs Dargelegten dürfte dies regelmäßig zu bejahen sein, zumal sich ja durch die Namensänderung an den Sorgerechtsverhältnissen nichts ändert.²⁸⁾

27) BVerwG aaO. - vgl. auch Hess.VGH, DÖV 1962, 33.

28) so auch das LG Essen, Beschl.v. 13.10.1960, FamRZ 1961, 38.

Es kann nicht überraschen, daß sich die Lösungen, die für die Probleme der eheähnlichen Gemeinschaft in Rechtsordnungen von verschiedenartiger Tradition und mit unterschiedlichem dogmatischem Standort gefunden wurden, nicht zu einem homogenen System zusammenfügen lassen.

Schließlich ist auch zu bedenken, daß dabei in den verschiedenen Ländern jeweils die besonderen gesellschaftlichen Gegebenheiten berücksichtigt werden mußten. Immerhin hat sich gezeigt, daß das Recht an der Erscheinung der außerehelichen Lebensgemeinschaft nicht immer vorbeigehen, sie nicht einfach ignorieren kann, wenn sie empfindliche Unbilligkeiten und Ungechtigkeiten vermeiden will. Dennoch ist es nicht zu dem einst befürchteten "avènement" des Konkubinats gekommen, das die "union libre" gegenüber der Ehe etwa in die rechtliche Relation von Besitz und Eigentum gebracht hätte.¹⁾

Das eheähnliche Verhältnis wird in seinem Bestand nicht geschützt. Es erzeugt keine Rechtspflichten der Partner zu gegenseitiger Treue und Beistand und kann von den Beteiligten nach Belieben gelöst werden. Die Rechtsordnung leistet lediglich Hilfestellung bei der "Abwicklung" eines nicht mehr bestehenden eheähnlichen Verhältnisses, indem sie dafür die allgemeinen Regeln des Gemeinschaftsrechts zur Verfügung stellt. Andererseits läßt ein eheähnliches Verhältnis die auf besonderen Rechtsgeschäften (Schenkung, Testament, Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag) beruhenden Rechtsbeziehungen der Partner unberührt. Sittenwidrig und nichtig sind diese Geschäfte nur dann, wenn die Leistung des einen Teils in einem synallagmatischen

1) Das befürchtete JOSSERAND (L'avènement du concubinat, D.H. 1932, chron. 45).

Zusammenhang zu der Gestattung außerehelichen intimen Verkehrs durch den anderen Teil steht, was aber für ein eheähnliches Verhältnis nicht typisch und daher auch nicht zu unterstellen ist.

Niemand kann sich gegenüber Dritten oder dem Staat zu seinem Vorteil auf das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft berufen. Wird der Partner durch das Verschulden eines Dritten getötet, hat die Konkubine keinen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldigen. Ebensowenig erhält sie im Sozialversicherungs- und Kriegsofferrecht Versorgungsbezüge nach ihrem Partner. Ausnahmen hiervon kennen lediglich das französische und österreichische Recht; es handelt sich hierbei um Vorschriften, die aus Billigkeitsgründen unmittelbar nach den Weltkriegen ergingen.

Dagegen berücksichtigen Gesetzgebung und Rechtsprechung das Bestehen "wilder Ehen", um die Konkumbenten nicht besser zu stellen als Verheiratete. So muß sich der Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft im Recht der öffentlichen Sozialleistungen Einkommen und Vermögen seines Konkumbenten anspruchsmindernd anrechnen lassen. Auch muß der Konkumbent für die Erfüllung von Verbindlichkeiten einstehen, die seine Partnerin bei Geschäften für Zwecke des gemeinschaftlichen Haushalts eingeht. Wenn aber das Recht in diesen Fällen die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft wie Eheleute behandelt, geschieht dies nicht, um eine "Ehe zweiter Klasse" zu institutionalisieren, sondern weil eine Gleichbehandlung hier sachlich geboten ist. Sie ist nicht nur ein Gebot der Gerechtigkeit, sondern ist nicht zuletzt deshalb erforderlich, damit - auch zum Schutz der Institution der Ehe - jeder materielle Anreiz entfällt, das Zusammenleben in einem eheähnlichen Verhältnis einer Heirat vorzuziehen.

L E B E N S L A U F

Am 17. Juli 1935 wurde ich in Reichenbach/Schlesien als Sohn des Verwaltungsdirektors Konrad Stückradt und seiner Ehefrau Johanna, geb. Friebus, geboren. Nach dem Besuch des Realgymnasiums Bad Hersfeld und Gelnhausen legte ich im Jahre 1955 die Reifeprüfung ab und begann an der J.W. Goethe - Universität zu Frankfurt am Main mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Meine akademischen Lehrer waren u.a. die Herren Professoren Müller-Freienfels, Böhm, Kronstein und Schiedermaier. Neben dem Studium der Rechtswissenschaft galt mein Interesse den Wirtschaftswissenschaften. Im Februar 1960 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main die erste juristische Staatsprüfung und befinde mich seit November 1960 im juristischen Vorbereitungsdienst. Daneben bin ich seit dem Jahre 1961 als wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für vergleichendes Privat- und Prozeßrecht an der J.W. Goethe - Universität zu Frankfurt/Main tätig.

